Mitwirkendes Verschulden bei Eigentumsansprüchen.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Franz Schulze Köhling
Gerichtsreferendar aus Heessen in Westfalen

Marburg 1935

Druck: Joh. Hamel, Marburg.

Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 21. Mai 1935.
Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Fr. Leonhard.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Bienenfeld: Die Haftungen ohne Verschulden, Berlin und Wien 1933.
Biermann: Bürgerliches Recht, I. Band. Allgemeine Lehren und Personenrecht, Berlin 1908.
Cohn: Untersuchungen zu § 254 BGB in Gruchots Beiträgen, Band 43, Seite 96 ff, 376 ff.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Deutschen und Bürgerlichen Rechts, I. Band, Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht. 8. Auflage, Jena 1927.
Croissant: Eigenes Verschulden und Handlungsfähigkeit, ein Streifzug auf dem Gebiete des Haftpflichtgesetzes, Straßburg 1893.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1 und 2, Tübingen, Leipzig 1900, 1902.
Dernburg: Schuldverhältnisse, II. Band, 1. Abteilung, Halle 1905.
Dungs: Drei Fragen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen in Gruchots Beiträgen, Band 54, Seite 545 ff.
Eger: Das Reichshaftpflichtgesetz, 7. Auflage, Hannover 1912.
Elsas: Das eigene Verschulden in § 254 BGB, Dissertation Leipzig 1913.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 8. Auflage, Berlin 1903.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, 36.—40 Tausend, Marburg 1932.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd., Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung, 35—39 Tausend, Marburg 1931.
Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Motiven.
Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
Fröhner: Die Anwendbarkeit des § 254 BGB auf die Ansprüche aus dem Eigentum, im Recht 1920, Seite 141.
Goldmann: Ein Beitrag zur Auslegung des § 254 BGB.
Dissertation Leipzig 1932.
Gottschalk: Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen. Dissertation Berlin 1903.
Haymann: Zuwendung aus fremden Vermögen, Iherings Jahrbücher, Band 77, Seite 188 ff.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.
Hölder: Über Ansprüche und Einreden im Archiv für die ziv. Praxis, Band 93, Seite 1 ff.
Jans: Das eigene Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen im § 254 BGB. Dissertation Erlangen 1929.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. und II. Band. Berlin 1906.
Langheineken: Anspruch und Einrede, 1903.

Leonhard: Allgemeines Schuldrecht und Besonderes Schuldrecht des BGB im systematischen Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, 10. Abteilung, 2. Teil, München und Leipzig, I. Bd. 1929, II. Bd. 1931.
Leonhard: Der Anspruchsbegriff des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in ZZP., Band 15, Seite 327 ff.
v. Leyden: Sogenannte Culpakompensation im BGB, Berlin 1902.
v. Liszt: Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 1, 2 und 3, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
Müller: Haftungsausschluß durch Beteiligung des Verletzten an gefährlichen Veranstaltungen, Dissertation 1934.
Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, Archiv für die ziv. Praxis, Band 106, Seite 309 ff.
Oertmann: Beiträge zur Lehre von der Abtretung des Eigentumsanspruchs, Archiv f. d. ziv. Praxis, Band 113, Seite 51 ff.
" Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche, Iherings Jahrb. Band 61, Seite 44 ff.
" Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Erstes Buch: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927.
Zweites Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, 5. Auflage, Berlin 1928.
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
I. Band, Allgemeiner Teil, herausgegeben von Strohal, 4. Auflage, Berlin 1913,
II. Band, Recht der Schuldverhältnisse 1. Hälfte, herausgegeben von Strohal, 4. Auflage, Berlin 1914,
III. Band Sachenrecht, 1. Hälfte, bearbeitet von Brodmann und Strecker, 5. Auflage, Berlin und Leipzig 1933.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, I., II. und III. Band, Berlin 1897, 98, 99
Reichsgerichtsrätekommentar I. Band, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse I., II. Band, Recht der Schuldverhältnisse II, III. Band, Sachenrecht, 8. Auflage, Berlin und Leipzig 1934.
Rode: Das Wesen und die Wirkung des Verschuldens des Beschädigten und seiner Hilfspersonen im § 254 BGB, Dissertation Münster 1933.
Rosenthal: Das eigene Verschulden des Beschädigten und die Verteilung des Schadens nach § 254 BGB, Dissertation Limburg 1910.
Rümelin: Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, Archiv für die ziv. Praxis, Band 90, Seite 171 ff.
" Obligation und Haftung, Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 68, S. 152 ff.
Scholtz: Die Frage der Anwendbarkeit des § 254 BGB in den Fällen der Gefährdungshaftung unter besonderer Berücksichtigung der Tierhalterhaftung und des Reichshaftpflichtgesetzes, Dissertation Berlin 1929.
Schroeder: Eigenes Verschulden, Dissertation Heidelberg 1913.
Schumann: Das eigene Verschulden ein Verschulden gegen sich selbst oder gegen Dritte, Dissertation Marburg 1932.
Seligsohn: Haftpflichtgesetz, Berlin und Leipzig 1920.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach Deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903.
Siber: Das Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz, Leipzig 1907.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, Berlin und Leipzig,
Band 1, Allgemeiner Teil, erläutert von Loewenfeld und Riezler 1925.
Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, erl. von Werner 1930.
Band 3, Sachenrecht, 1. Teil, erläutert von Kober 1926.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, I. und II. Band, 15. neu bearbeitete Auflage, Tübingen 1934.
Traeger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1929.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band, Leipzig 1910, II. Band, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914, II. Bd., 2. Hälfte, München und Leipzig 1918.
Wendt: Eigenes Verschulden, Iherings Jahrb., Band 31, Seite 137 ff.
" Die exceptio doli generalis im heutigen Recht, Archiv für die ziv. Praxis, Band 100, Seite 1 ff.
Weyl: System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1905.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Band, 9. Auflage, Frankfurt 1906.
Wolff: Sachenrecht, 9. Bearbeitung, Marburg 1932.
Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.

1. Ausdehnung des § 254 im Schuldrecht.

a) auf alle Schadensansprüche.

In den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Schadensersatzleistungen ist im § 254 eine Vorschrift enthalten, die eine Schadensverteilung für den Fall vorschreibt, daß neben dem zum Ersatz Verpflichteten auch den Geschädigten ein Verschulden an der Entstehung des Schadens trifft. Nach dem Wortlaut muß der Gedanke des § 254 dort überall zur Anwendung gelangen, wo bei der Entstehung eines Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat. Es sind hierunter sämtliche Schadensfälle zu verstehen, mag der Anspruch auf Verletzung vertraglicher Verbindlichkeiten begründet sein oder auf Verpflichtung aus unerlaubter Handlung beruhen.

§ 254 ist ohne Zweifel dann anwendbar, wenn dieser Paragraph oder dieser Gedanke unmittelbar oder mittelbar erwähnt wird. Unmittelbar wird die Anwendung des § 254 im § 846 vorgeschrieben, und durch § 846 wird auf § 254 in § 618 Abs. 3 Bezug genommen. Aber die Fälle im Gesetz, bei denen der Gedanke des gewöhnlichen Verschuldens zur Anwendung gelangt, ohne daß dieser Grundsatz in einer besonderen Bestimmung herangezogen wird, sind außerordentlich zahlreich, so daß diese Fälle hier nicht aufgezählt werden können.

Obwohl der Gedanke des mitwirkenden Verschuldens im allgemeinen Teil des Schuldrechts geregelt worden ist, ist dieser Grundsatz auch außerhalb des Schuldrechts auf Schadensansprüche anzuwenden, wenn bei der Entstehung eines Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat. So ist § 254 anwendbar im Sachenrecht bei den §§ 987 ff. Der Besitzer hat dem Eigentümer Schadensersatz zu leisten, wenn er es schuldhaft unterlassen hat, Nutzungen aus der Sache zu ziehen oder wenn durch sein Verschulden die Sache verschlechtert wird. Wie aus dem Wortlaut hervorgeht, sind diese Ansprüche Schadensersatzansprüche. Die Verpflichtung des Besitzers ist genau dieselbe, wie sie im § 249 festgesetzt ist. Er hat den Eigentümer wirtschaftlich in dieselbe Lage wieder zu bringen, in der er sich befände, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Anspruch des Eigentümers ist genau wie ein schuldrechtlicher; denn der Be-

sitzer hat den unmittelbaren wie mittelbaren Schaden zu ersetzen, der auch den entgangenen Gewinn einschließt[1]).

Dieser Anspruch ist sogar auch persönlicher Natur. Man kann dies daraus ersehen, daß der Anspruch nicht dem jeweiligen Eigentümer der Sache zusteht, sondern demjenigen, der zur Zeit der Entstehung des Anspruchs Eigentümer war und durch das schuldhafte Verhalten des Besitzers geschädigt wurde. Auch ist nicht das Eigentum allein Grundlage des Anspruches, sondern es muß zu dieser Tatsache noch ein Umstand hinzutreten, der die Verpflichtung des Besitzers begründet.

Nach § 1833 ist der Vormund dem Mündel für den aus einer Pflichtverletzung entstandenen Schaden verantwortlich, wenn den Vormund ein Verschulden trifft. Hat bei Entstehung des Schadens ein Verschulden des Mündels mitgewirkt, so kann die Ersatzpflicht des Vormunds ganz oder zum Teil in Wegfall kommen, wenn der Mündel den Schaden vorwiegend verrusacht hat.

Derselbe Grundsatz muß im Erbrecht bei den §§ 2188, 2219 und im allgemeinen Teil bei den §§ 31, 42 Abs. II zur Anwendung kommen.

Auch sonst finden sich im Gesetz Rechtsfolgen aus § 254 derart ausgedrückt, daß der Berechtigte entsprechend seinem Verhalten ein Recht verliert oder behält. So bei der Inventarerrichtung in den Fällen der §§ 1996, 1994 und §§ 2005 Abs. 1, S. 2, 2003 Abs. 3.

Wenn auch nach dem Wortlaut des § 254 bei jedem Schadensersatzanspruch das mitwirkende Verschulden des Geschädigten eine angemessene Verteilung des Schadens zur Folge hat, so ist doch die Anwendung dieses Gedankens dann ausgeschlossen, wenn das Gesetz selbst eine Sonderregelung gegeben und dadurch die Anwendung des § 254 ausgeschlossen hat. Im allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse kommt das besonders bei dem § 307 zum Ausdruck. Bei einem Vertragsschluß auf unmögliche Leistung ist derjenige Vertragsteil zum Ersatz des dem anderen Teil durch Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages entstandenen Schadens verpflichtet, der die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen mußte. Nur dann soll die Ersatzpflicht nicht eintreten, wenn auch dem anderen Vertragsteil die Unmöglichkeit bekannt war oder bekannt sein mußte. Nach der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung ist für ein Abwägen beiderseitigen Verschuldens hier kein Raum vorhanden. Dies kommt auch dann nicht in Betracht, wenn der Gegner in voller Kenntnis der Unmöglichkeit gehandelt hat und diesem Verhalten nur eine fahrlässige Unkenntnis auf Seiten des Geschädigten gegenübersteht. Der Ersatzanspruch ist in vollem Maße ausgeschlossen, trotzdem das größere Verschulden auf Seiten des Schädigers liegt[2]).

1) RG in Band 93, Seite 283; Wolff a.a.O., Seite 297.
2) So auch RG, Band 110, Seite 55.

Ebenso hat das Gesetz im § 839 Abs. 3 die Anwendung des § 254 durch Verneinung einer Schadensersatzverpflichtung ausgeschlossen, wenn der Geschädigte es unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch von Rechtsmitteln abzuwenden. Wenn das zutrifft, ist der Beamte von jeder Ersatzpflicht befreit, ohne daß zuvor abzuwägen wäre, wer von den zwei Parteien am meisten zur Entstehung des Schadens beigetragen hat[3]).

Gemäß der allgemeinen Bedeutung des § 254 kann sein Anwendungsgebiet nicht nur auf das Schuldrecht und das Bürgerliche Gesetzbuch beschränkt sein, sondern er muß auch Anwendung finden, wenn nach anderen Gesetzen ein Anspruch auf Schadensersatzleistung begründet ist, falls auf Seiten des Geschädigten bei Entstehung des Schadens ein Verschulden mitgewirkt hat. Nur als Beispiele seien hier die wichtigsten Gesetze hervorgehoben.

Bereits im Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch Art. 2 kommt zum Ausdruck, daß in Handelssachen die Bestimmungen des Bürgerl. Gesetzbuches anzuwenden sind, soweit nicht das Handelsgesetzbuch selbst oder das Einführungsgesetz ein anderes bestimmt hat. Hiernach ist bei allen Schadensersatzansprüchen, die im Handelsgesetzbuch begründet sind, der Gedanke des § 254 BGB zu berücksichtigen. Außerdem aber wird im Handelsgesetzbuch selbst auf § 254 BGB mittelbar Bezug genommen. So bestimmt § 62 Abs. 3 HGB, daß auf die Verpflichtung des Prinzipals zum Schadensersatz wegen Vernachlässigung der Fürsorgepflicht für seine Handlungsgehilfen die Vorschriften über unerlaubte Handlungen der §§ 842 bis 846 des bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung finden sollen. Im § 846 BGB wird § 254 BGB unmittelbar erwähnt, so daß mittelbar durch die Erwähnung im § 62 Abs. 3 HGB die Anwendung des § 254 BGB geboten ist.

Den Gedanken des § 254 BGB finden wir weiter im Seerecht beim § 736 HGB. Es erfolgt auch nach dieser Bestimmung eine Verteilung des Schadens entsprechend der Schwere des auf jeder Seite vorliegenden Verschuldens.

In der Zivilprozeßordnung befinden sich ebenfalls Vorschriften, deren Verletzung Schadensersatz begründen können. Es sind dies besonders die §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 945. Es handelt sich um Vollstreckungen aus Urteilen, die unter einem Vorbehalt ergangen sind oder um Vollzug aus ungerechtfertigtem Arrest und aus einstweiligen Verfügungen. Abgesehen von der Natur dieser Ansprüche ergibt sich die Anwendung schuldrechtlicher Regeln und damit auch des § 254 BGB aus der engen Verbinddung des Bürgerlichen Gesetzbuches mit der Zivilprozeßordnung, die gegenseitig aufeinander Bezug nehmen. Die Anwendung ist davon abhängig, daß der Schädiger bereits mit der Vollstreckung des Urteils oder dem Vollzug des Arrestes oder der einstweiligen

3) Ebenso RG in JW 1916, Seite 578.

Verfügung begonnen hat, und daß diese Vollstreckungsmaßnahmen wieder aufgehoben sind, wobei aber bereits dem Schuldner ein Schaden erwachsen war. Das Verschulden des Geschädigten kann darin bestehen, daß er es unterlassen hat, rechtzeitig ein Verteidigungsmittel oder einen Rechtsbehelf zu benutzen, anstatt die Durchführung einer an sich unzulässigen Zwangsvollstreckung zu dulden.

b) Wo sonst Ansprüche aus Schuld abgeleitet werden.

Entgegen seinem Wortlaut ist das Anwendungsgebiet des § 254 BGB nicht auf die Ansprüche auf Schadensersatz beschränkt. Man muß dieser Vorschrift durch weitere Auslegung eine umfassendere Bedeutung beilegen, da im § 254 ein allgemeiner Rechtsgedanke zum Ausdruck gekommen ist. Dieser Gedanke muß auch auf anderen Rechtsgebieten Beachtung finden, wo durch mitwirkendes Verschulden für den Geschädigten Rechtsnachteile entstanden sind und ihm hierfür eine gewisse Verantwortung auferlegt werden muß. Es läßt sich hierdurch eine der Billigkeit und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechende Entscheidung finden.

So ist § 254 anwendbar im Falle des § 325 BGB wenn der Gläubiger den Rücktritt vom Vertrage erklärt und die Rückgabe der übergebenen Sache dem Schuldner in einer von ihm zu vertretenden Weise unmöglich wird[4]). Hat der Gläubiger die Unmöglichkeit der Rückgabe mitverschuldet, so ist abzuwägen, ob den Schuldner ein größeres Maß von Verschulden trifft, oder ob das Verschulden des Gläubigers überwiegend ist. Hiernach ist zu entscheiden, ob die Rücktrittserklärung berechtigt ist oder nicht.

Die Anwendbarkeit des § 254 kann nicht damit erklärt werden, daß das Rücktrittsrecht im Falle des § 325 dem Schadensersatzanspruch ähnlich oder zum mindesten in der Behandlung gleichartig sei, weil es neben dem Recht auf Schadensersatz genannt werde. Das Rücktrittsrecht ist von dem Schadensersatzanspruch grundverschieden. Dieser ist ein Forderungsrecht und ein Anspruch i. S. des § 194 BGB. Das Rücktrittsrecht dagegen ist ein Gestaltungsrecht. Die einseitige Erklärung des Rücktritts vom Vertrage bewirkt die Auflösung des Vertrages; alle Rechte der Parteien aus dem Vertrage erlöschen. Daß das Rücktrittsrecht nicht ein Anspruch im Sinne des § 194 BGB ist und auch einem Schadensersatzanspruch nicht in einem solchen Maße gleichen kann, ersieht man daraus, daß das Rücktrittsrecht unverjährbar ist.

Die Anwendung des § 254 rechtfertigt sich aus Billigkeitsrücksichten, damit der nicht zurücktretende Vertragsteil nicht zu sehr durch das Verhalten des anderen geschädigt werde. Daß die Anwendung geboten ist, ergibt sich insbesondere aus der Erwägung heraus, daß § 254 dann angewendet werden muß, wenn der Gläu-

4) So auch RG im 71. Band, Seite 191.

biger anstatt Rücktritt vom Vertrage Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert hätte. Es kann kein Unterschied gemacht werden, ob Rücktritt vom Vertrage erklärt wird oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird[5]).

Aus demselben Grunde wie bei § 325 ist § 254 beim Wandlungsanspruch § 467 BGB anwendbar. Dieser ist ebenfalls kein Schadensersatzanspruch, sondern wie das Rücktrittsrecht ein Gestaltungsrecht, da durch den Vollzug der Wandlung das Schuldverhältnis so erlischt, als wenn es vorher nicht bestanden hätte.

Durch den Untergang der Sache und durch die Unmöglichkeit der Rückgabe wird das Wandlungsrecht nicht berührt. Wenn die Unmöglichkeit der Rückgewähr auf ein- oder beiderseitiges Verschulden zurückzuführen ist, so ist gemäß § 254 abzuwägen, wer von beiden Vertragsteilen der allein oder der vorwiegend Schuldige ist. Nach diesem Gesichtspunkt ist zu entscheiden, ob das Wandlungsbegehren berechtigt ist[6]).

Weiterhin muß die Anwendung des § 254 auf den inneren Ausgleichanspruch unter Gesamtschuldnern ausgedehnt werden. Handelt es sich bei den Ansprüchen aus den §§ 325 und 467 nicht um Schadensersatzansprüche, so ist das Rückgriffsrecht unter den Gesamtschuldnern in der Weise einem Schadensersatzanspruch verwandt, als es sich um eine endgültige Regelung handelt, wer von den zum Schadensersatz verpflichteten Gesamtschuldnern für den Schaden einzustehen hat.

Über die Ausgleichungspflicht unter Gesamtschuldnern bestimmt § 426 Abs. 1 S. 1, daß sie zu gleichen Anteilen leisten müssen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Es geht hieraus hervor, daß die Verpflichtung zu gleichen Teilen nur eine aushilfsweise Bestimmung ist und stets weicht, wenn unter den Gesamtschuldnern durch ein bestehendes Vertragsverhältnis oder durch Gesetz eine andere Regelung vorgeschrieben ist. Aus den Worten des Gesetzes „soweit sich nicht ein anderes ergibt“ läßt sich ersehen, daß nicht nur Vertrag und Gesetz allein eine andere Verteilung anordnen können, sondern daß sich diese auch aus der Natur der Sache und aus Billigkeitsrücksichten ergeben kann. Wie bei dem Bestehen eines Vertrages die besonders schwerwiegende Verletzung des Vertrages dem Verletzer die größere Ersatzpflicht aufbürden läßt, so muß bei entsprechender Anwendung des § 254 demjenigen die größere Ersatzpflicht auferlegt werden, der den Schaden durch sein schuldhaftes Verhalten vorwiegend verursacht hat. Für § 426 Abs. 1 S. 1 stellt der Gedanke des § 254 sich als eine Hilfsregel dar, die anzuwenden ist, wenn ein anderer Verteilungsmaßstab nicht vorhanden ist, und wenn bei mehreren Haftungsgründen einer als der überwiegende erscheint[7]).

---

5) So auch RG im Band 59, Seite 93.
6) Ebenfalls RG, Band 54, Seite 225; Band 56, Seite 267.
7) So auch RG 75, Seite 256.

c) Anwendung bei Ansprüchen aus Gefährdungshaftung.

In den bisherigen Ausführungen waren die Ansprüche, die der Geschädigte gegen den Schädiger geltend machte, und bei denen ein mitwirkendes Verschulden die Ersatzpflicht ganz oder zum Teil aufhob, auf ein Verschulden des Schädigers wie des Verletzten aufgebaut. Es sind aber im Bürgerlichen Gesetzbuch und in anderen Gesetzen zahlreiche Schadensersatzansprüche begründet, die nicht ein Verschulden als Klagevoraussetzung haben, sondern die auf reiner Gefährdungshaftung beruhen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat keine Vorschriften über das Verschulden des Geschädigten bei der Gefährdungshaftung, da im Bürgerlichen Gesetzbuch der Grundsatz der Verschuldungshaftung und nicht der Grundsatz der Veranlassungshaftung gilt. Aber auch bei der Gefährdungshaftung muß unter Berücksichtigung der Regeln über die Verschuldungshaftung die Ausgleichswirkung des § 254 BGB Platz greifen. In einigen Gesetzen ist die Anwendung des § 254 BGB ausdrücklich vorgeschrieben, wie im Kraftfahrzeuggesetz § 9, im Reichshaftpflichtgesetz § 20 und im Luftverkehrsgesetz § 20.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch besteht die Gefährdungshaftung, besonders beim Tierhalter. § 833 bestimmt, daß der Tierhalten verpflichtet ist, den Schaden zu ersetzen, den das Tier durch Tötung oder Verletzung eines Menschen sowie durch Beschädigung einer Sache anrichtet. Zur Begründung der Haftung ist ein Verschulden nicht erforderlich.

Die Gefährungshaftung beruht auf dem Grundsatz, daß ein überwiegendes Interesse das Bestehen und die Durchführung von gefährlichen Unternehmungen notwendig erscheinen läßt. Dies Interesse überwiegt alle Schädigungen, die aus dem mit dem Unternehmen verbundenen Risiko entstehen können. Da das Recht aus diesem Grunde solche Gefährdungszustände duldet, gibt es allen denen einen Anspruch auf Ersatz, die hierdurch geschädigt werden. Gegenüber dieser Haftung ist es unbillig, den Gedanken des § 254 nicht zum Ausgleich heranzuziehen, wenn der Geschädigte den Schaden durch fahrlässiges Verhalten verursacht hat. Der Grundsatz des mitwirkenden Verschuldens muß unmittelbar zur Anwendung kommen.

Traeger[8]) hält es für eine „selbstverständliche Forderung der Gerechtigkeit“, daß die aus dem Gesichtspunkt der Gefährungshaftung verpflichteten Personen dann von ihrer Haftpflicht vollständig befreit sein sollen, wenn der Geschädigte infolge Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt den Schaden nicht vermieden hätte. Gegen diese Auffassung spricht aber der Grundgedanke des § 254. Es muß unter Berücksichtigung aller Umstände ein möglichst billiges Ergebnis herbeigeführt werden, wobei der anspruchsbegründenden Gefährdungshaftung das mitwirkende Verschulden

8) a.a.O., Seite 358 f.

des Geschädigten gegenüberzustellen ist. Auch ist in den Gesetzen, in denen der Gedanke des § 254 zum Ausdruck gekommen ist, gesagt, daß die Vorschriften über das mitwirkende Verschulden des Geschädigten anzuwenden sind. Es ist daher nicht allein die Frage maßgebend, ob ein Verschulden des Geschädigten bei Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, sondern inwieweit unter den Umständen des Falles dem Ersatzanspruch des Geschädigten stattgegeben werden kann. Auf diesem Standpunkt stehen auch das Reichsgericht[9]) und Leonhard[10]).

Ist bei dem einseitigen Verschulden des Geschädigten die Anwendung des § 254 berechtigt, da gemäß dem Wortlaut des Gesetzes ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt hat, so erscheint die Anwendung dieses Grundsatzes zweifelhaft, wenn auch auf Seiten des Geschädigten kein Verschulden vorliegt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann § 254 hier keine Anwendung finden. Ebenso aber wie der zum Ersatz Verpflichtete ohne Verschulden den Schadensersatz leisten muß, so muß auch derjenige, der in derselben Weise durch einen gefährlichen Zustand an dem Eintritt des Schadens teilhat, einen Teil dieses Schadens tragen. Die Schadensersatzlehre des BGB ist auf Verschulden aufgebaut, und aus der Stellung des § 254 innerhalb der §§ 249 ff ergibt sich, daß das mitwirkende Verschulden stets in Verbindung mit einem Schadensersatzanspruch zur Anwendung gelangt. Besteht der Schadensersatzanspruch unabhängig von einem Verschulden des Verpflichteten, so muß auch der Gedanke des § 254 zur Anwendung kommen, wenn auch auf Seiten des Geschädigten kein Verschulden vorhanden ist. Dieser Gedanke kann allerdings nicht unmittelbar verwendet werden, sondern es kann sich nur um eine entsprechende Anwendung handeln. Diese rechtfertigt sich aber aus der allgemeinen Bedeutung, die dem Gedanken des § 254 innewohnt, der in einem solchen Falle gleichfalls Platz greifen muß. § 254 bietet hier eine Regelung, die in Abwertung der Gefährdung unter Berücksichtigung aller Umstände eine der Billigkeit entsprechende Schadensverteilung vornehmen läßt. Wenn von zwei Pferden, die sich auf der Weide schlagen, das eine beträchtlich verletzt wird, so muß der Eigentümer des verletzten Pferdes sich eine Verteilung des entstandenen Schadens entsprechend der Tierhalterhaftung und gemäß dem § 254 gefallen lassen.

Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung[11]) ebenfalls diesen Grundsatz verwandt und ausgeführt, daß die Anwendung des § 254 auch dann berechtigt sei, wenn den Beschädigten zwar kein Verschulden treffe, aber „eine sonst im Gesetz begründete Verantwort-

---

9) RG im Band 51, Seite 277 und die dort angegeben; 56, Seite 155.
10) a.a.O., Seite 192.
11) RG im Band 67, Seite 120.

lichkeit" zu vertreten habe. Auf den gleichen Standpunkt stehen auch Leonhard[12]), Enneccerus[13]) und Oertmann[14]).

Auch außerhalb des BGB ist der Grundsatz des § 254 bei Gefährdungshaftung anwendbar. Nach § 1 RHpflG. haftet der Unternehmer für den beim Betrieb durch Unfall eines Menschen entstandenen Schaden „sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist." Obwohl hier der Grundgedanke des § 254 klar zum Ausdruck kommt, wird im Schrifttum der Standpunkt vertreten, daß die Verschuldensbegriffe des Bürgerlichen Gesetzbuches und damit der Gedanke des mitwirkenden Verschuldens nicht zur Anwendung gelangen könnten[15]). Das Reichshaftpflichtgesetz sei ein Sondergesetz und habe seinen eigenen Verschuldensbegriff. Für die Anspruchshaftung aus dem Reichshaftpflichtgesetz sei nur dieses Gesetz maßgebend und die Vorschrift über mitwirkendes Verschulden des § 254 könnten daher nicht in Betracht kommen. Nach den Motiven habe der Art. 42 EG.BGB die Aufgabe gehabt, die Regeln über das Reichshaftpflichtgesetz mit den Vorschriften des BGB in Einklang zu bringen, und hierbei sei der § 254 überhaupt nicht angeführt worden, woraus die Nichtanwendbarkeit des § 254 zu ersehen sei.

Allerdings wird in den Motiven zum Einführungsgesetz[16]) ausgeführt, daß diesem Gesetz die Tendenz zugrunde liege, die Vorschriften des Haftpflichtgesetzes mit dem des BGB im Einklang zu bringen. Aber wenn auch in Art. 42 EG die Vorschrift des § 254 nicht angeführt ist, so kann daraus noch nicht geschlossen werden, daß diese Bestimmung im Reichshaftpflichtgesetz keine Anwendung finden könne und in diesem Gesetz ein eigener Verschuldensbegriff gelte. Wenn zwischen dem Reichshaftpflichtgesetz und dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein gewisser Einklang geschaffen werden soll, so ist erstes Erfordernis, daß die gleichen Begriffe in diesen Gesetzen auch den gleichen Inhalt haben müssen, sonst ist ein Einklang in den Gesetzen kaum denkbar. Ein Vergleich des § 254 BGB mit dem § 1 RHpflG ergibt eindeutig, daß der Grundgedanke und der Zweck in beiden Paragraphen dieselbe Richtung aufweisen und sich auch in keiner Weise widersprechen. Es muß hieraus gefolgert werden, daß das Reichshaftpflichtgesetz keinen eigenen Begriff für mitwirkendes Verschulden aufstellen will, sondern daß gemäß der Übereinstimmung in der gleichen Tendenz bei beiden Gesetzen das eigene Verschulden im § 1 des RHpflG denselben Begriff darstellt wie das Verschulden im § 254 BGB. Der Grundsatz des § 254 ist daher beim § 1 des RHpflG ebenso anzuwenden wie beim Tierhalterparagraph im

---

12) a.a.O., Seite 193.
13) Lehrbuch, Band 2 § 243 VI.
14) Anm. 6 zu § 833.
15) Eger, Seite 97; Cohn in Gruchots Beitr., Band 43, Seite 100.
16) a.a.O., Seite 136.

Bürgerlichen Gesetzbuch. Diesen Standpunkt vertreten auch Oertmann[17]), Enneccerus[18]), Staudinger[19]) und das Reichsgericht[20]).

Ebenso wie beim Tierhalterparagraph im BGB ist auch beim § 1 RHpflG die Frage, ob § 254 BGB auch dann anwendbar ist, wenn außer bei dem zum Schadensersatz Verpflichteten auch bei dem Geschädigten kein Verschulden vorliegt. Es greifen hier dieselben Grundsätze wie beim Tierhalterparagraphen Platz. Wenn also der Geschädigte ebenso wie der zum Schadensersatz Verpflichtete eine Mitursache für den eingetretenen Schaden gesetzt hat, für den er gesetzlich verantwortlich ist, so muß der Schaden unter Berücksichtigung aller Umstände in billiger Weise verteilt werden. Das Reichsgericht[21]) hat aber die Anwendung dieses Grundgedankens dann verneint, wenn die Eisenbahn auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes zum Ersatz des Schadens verpflichtet und auf anderer Seite der Geschädigte auf Grund des Tierhalterparagraphens für den Schaden verantwortlich ist. Bei einem solchen Zusammentreffen soll der Eisenbahnunternehmer im Verhältnis zum Tierhalter allein zum Schadensersatz verpflichtet sein. Da diese Frage über den Rahmen der Arbeit hinaus geht, soll eine Begründung dieser Auffassung und eine eingehende Stellungnahme dazu nicht dargelegt werden. Es ist aber zu bemerken, daß kein einleuchtender Grund dafür gegeben ist, die entsprechende Anwendung des § 254 abzulehnen. Die Berufung auf § 840 Abs. 3 BGB dafür, daß der Eisenbahnunternehmer allein verpflichtet sei, ist nicht begründet. Denn diese Vorschrift ist vielmehr dahin auszulegen, daß derjenige den größeren Teil an der Schadensersatzpflicht hat, der nach den Umständen des Falles für den größeren Teil des Schadens gesetzlich verantwortlich zu machen ist. Es hat wie bei § 254 eine billige Verteilung des Schadens zu erfolgen. Der innere Zusammenhang zwischen diesen beiden Vorschriften läßt eine andere Auslegung des § 840 Abs. 3 nicht zu[22]).

Im Kraftfahrzeuggesetz ist wie im Luftverkehrsgesetz die Anwendung des § 254 BGB unmittelbar vorgeschrieben. Es kann im Gegensatz zum Reichshaftpflichtgesetze aus diesem Grunde kein Streit darüber entstehen, ob auch in diesen Gesetzen ein eigener Verschuldensbegriff gebildet und so § 254 nicht anwendbar sei. Im § 9 KFG und in § 20 LVG ist derselbe Grundgedanke wie im § 254 BGB enthalten, und zur Schadensteilung ist daher ein Verschulden des Beschädigten erforderlich. Im § 17 KFG ist dagegen von dem Erfordernis des Verschuldens auf Seiten des Geschädigten Abstand

17) § 254 Anm. 3a.
18) Band II § 245 I 4.
19) § 254 Anm. 2.
20) RG Band 53, Seite 75.
21) RG Band 53, Seite 114; Band 61, Seite 56; JW 1915, Seite 324; Gruchots Beitr., Band 53, Seite 1095.
22) So auch Leonhard a.a.O., Seite 193.

genommen. Unabhängig von einem Verschulden ist beim Anspruch aus § 17 KFG eine angemessene Verteilung des Schadens vorzunehmen. Durch die Fassung des § 17 KFG ist auch ein Streit darüber gegenstandslos geworden, ob auch dann eine entsprechende Verteilung des Schadens gemäß dem Grundgedanken des § 254 erfolgen muß, wenn die Kraftfahrzeuggefahr mit fremder Eisenbahn- oder Tiergefahr oder sogar auch wieder mit fremder Kraftfahrzeuggefahr zusammentrifft. Hier bestimmt § 17 KFG eindeutig, daß auch in einem solchen Falle eine entsprechende Verteilung des Schadens eintreten muß. Im § 27 LVG ist derselbe Grundgedanke wie im § 254 BGB zum Ausdruck gekommen. Schon daraus, daß in diesen Gesetzen ausdrücklich eine solche Schadensverteilung vorgeschrieben ist, muß man annehmen, daß auch beim § 1 RHpflG eine der Billigkeit entsprechende Verteilung des entstandenen Schadens erfolgen muß, wenn dem Eisenbahnunternehmer gegenüber auf Seiten des Geschädigten der Tierhalter haften muß.

2. Ausdehnung auf den dinglichen Anspruch.

a) Verhältnis des dinglichen Herausgabeanspruchs zu den schuldrechtlichen Ansprüchen und die Rechtsnatur des dinglichen Herausgabeanspruchs.

Wie wir bisher sahen, stehen der Anwendung des § 254 BGB bei solchen Ansprüchen, die auf einem bestehenden Schuldverhältnis, auf gesetzlicher Haftung oder auf einem den schuldrechtlichen ähnlichen Ansprüchen begründet sind, kaum irgendwelche Bedenken entgegen. Wegen der allgemeinen Bedeutung, die diesem Paragraphen innewohnt, ist sein Anwendungsgebiet nicht nur auf das Schuldrecht und auf das bürgerliche Gesetzbuch beschränkt.

Es ist nun die Frage, ob § 254 BGB auch bei dinglichen Rechtsverhältnissen anwendbar ist, die den Anspruch nicht von einem Verschulden des in Anspruch Genommenen oder von einer gesetzlichen Haftung abhängig sein lassen. Da § 254 BGB seinem Wortlaut nach nur bei schuldrechtlichen Ansprüchen anwendbar ist, läßt sich eine Anwendung dieses Paragraphen bei dinglichen Ansprüchen dann rechtfertigen, wenn dinglicher und schuldrechtlicher Anspruch einander gleich oder nach gleichen Gesichtspunkten zu behandeln sind und die Natur des dinglichen Anspruchs einer solch ausgedehnten Anwendung nicht entgegensteht.

Im § 194 BGB gibt das Gesetz eine Begriffsbestimmung des Anspruchs. Es ist hiernach das Recht, „von einem andern ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen." Diese Bestimmung gilt sowohl für das Schuldrecht als auch für die Ansprüche, die aus dem Sachenrecht stammen. Durch die allgemeine Bestimmung des Anspruchs im ersten Teile des BGB und gleiche Regelung für schuldrechtliche und dingliche Ansprüche ergibt sich schon, daß eine gewisse Ähnlichkeit zwischen diesen Arten von Ansprüchen bestehen muß.

Der schuldrechtliche wie der dingliche Anspruch sind von ihrem zugrunde liegenden Recht verschieden. Während dies beim dinglichen Anspruch allgemein anerkannt wird, ist die Verschiedenheit von schuldrechtlichem Recht und schuldrechtlichem Anspruch bestritten.

Nach herrschender Ansicht[1]) fallen Recht und schuldrechtlicher Anspruch zusammen. Zur Begründung wird § 241 BGB herangezogen. Anspruch und Schuldverhältnis seien vom Gesetz gleichmäßig bezeichnet. Denn ein Tun oder ein Unterlassen, das mit einem Anspruch verlangt werden kann, sei nichts anderes als die Leistung, die § 241 BGB erwähnt. Auch bestehe zwischen den Ausdrücken Fordern und Verlangen keine begriffliche Verschiedenheit. Anspruchsrecht bedeute dasselbe wie Forderungsrecht; denn auf Grund dieses Rechtes fordere man etwas. Es gebe im Gesetz eine Reihe von Beispielen, bei denen es unmöglich sei, hinter Anspruch und Verpflichtung noch „anderweitige Beziehungen anzunehmen[2])". Es sei überhaupt kein Schuldverhältnis vorhanden, das auch nicht mit dem Anspruch erledigt sei. Was von den einfacheren Schuldverhältnissen gelte, sei auch für die verwickelteren maßgebend. Der Anspruch sei in einem Falle zwar nur Teil und Ausschnitt des ganzen, doch sei er aber stets ein Stück des Schuldverhältnisses; er könne niemals nur aus ihm hervorgehen. Ein Unterschied zwischen Forderung und Anspruch könne daher nicht gemacht werden.

Nach richtiger Ansicht fallen jedoch Anspruch und Schuldverhältnis nicht zusammen. Wenn man zwar § 241 BGB als eine Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses auffaßt, so kann man leicht dazu gelangen, Anspruch und Schuldverhältnis gleichzusetzen, da dann ein wirklicher Unterschied in den §§ 194 und 241 BGB kaum gefundne werden kann. Das Gesetz hat aber eine allgemeine Begriffsbestimmung des Schuldrechts nicht aufgestellt. Im § 241 sind lediglich einige Elemente des Schuldverhältnisses aufgezählt. Als das wichtigste Element des Schuldverhältnisses muß das „Leistensollen" des Schuldners angesehen werden. In dem Ausdruck „der Gläubiger ist berechtigt eine Leistung zu fordern" liegt ein Leistensollen des Schuldners noch nicht begründet. Dem Gläubiger ist hierin lediglich das Recht zugesprochen, die Leistung zu fordern. Der Schuldner muß jedoch die Leistung vollbringen, gleichgültig, ob der Gläubiger sie fordert oder ob er sie nicht fordert. Das „Leistensollen" des Schuldners, das wesentliche Merkmal des Schuldverhältnisses, ist in der Bestimmung des § 241 nicht enthalten. § 241 kann nur als eine Folgerung aus dem Begriff Schuldverhältnis angesehen werden. Der Unterschied zwischen Schuldverhältnis und Anspruch zeigt sich auch darin, daß ein Schuldverhältnis oft eher besteht als ein Anspruch entstehen kann.

---

1) Planck I Vorbem. 5 f zu § 194; Biermann I § 36 Z 2; Enneccerus I § 204 I; Endemann I § 86 Z 2; Hellwig a.a.O., Seite 5 ff.; Wendt im Archiv für die ziv. Praxis, Band 100, Seite 356 ff, besonders Seite 393.
2) Wendt, Seite 392.

§ 271 BGB bestimmt, daß die Leistung nur dann sofort verlangt werden kann, wenn nichts anderes abgemacht ist.

Das Schuldverhältnis kann betagt sein, ohne daß ein Anspruch aus ihm vorläufig zum Entstehen gelangt. Ein Schuldverhältnis ist ohne irgendeinen Anspruch vorhanden[3]). Ein Anspruch ist aber erst dann vorhanden, wenn er geltend gemacht werden kann[4]). Dafür spricht auch der Wortlaut des § 194. Bevor der Berechtigte ein Tun oder ein Unterlassen noch nicht verlangen kann, ist auch der Anspruch nicht entstanden. Der Anspruch muß durchsetzbar sein. Was nützt es dem Gläubiger, wenn er zu einer Forderung berechtigt ist, diese jedoch nicht durchsetzen kann, da ein widersprechendes Recht des Verpflichteten die Forderung noch nicht fällig sein läßt? Zur Durchsetzung seines Verlangens auf ein Tun oder ein Unterlassen müssen dem Gläubiger die Zwangsmittel der ZPO zur Verfügung stehen. Diese kann der Gläubiger nicht benutzen, solange der Schuldner noch die Leistung verweigern darf. Die bloße Tatsache, daß der Gläubiger aus dem Schuldverhältnis berechtigt ist und dem Schuldner bereits zur Leistung auffordern kann, ist praktisch für den Gläubiger kaum von Bedeutung.

Es gibt zwar Schuldverhältnisse, bei denen der Anspruch mit dem Schuldverhältnis zusammenfällt. Doch kann daraus noch nicht gefolgert werden, daß Schuldverhältnis oder das Forderungsrecht mit dem Anspruch gleichzusetzen sind. Die Verschiedenheit von Anspruch und Schuldrecht ersieht man am besten aus den zusammengesetzten Schuldverhältnissen. Da diese Schuldverhältnisse meistens auf eine längere Dauer berechnet sind, so bestehen eine ganze Reihe von einzelnen Leistungen, die nicht näher bestimmt sind.

Ein Anspruch reicht auch kaum aus, um ein Schuldverhältnis im Sinne des BGB zu begründen. So stellt der Anspruch auf eine Mietzinsrate noch kein Schuldverhältnis dar. Das Schuldverhältnis wird vielmehr erst durch das gesamte Mietverhältnis gebildet, und der Anspruch auf eine Mietzinsrate ist nur der Ausfluß dieses Schuldverhältnisses. Das Schuldrecht hat einen umfassenderen Charakter als seinem Anspruch zu eigen ist. Es gehört dazu der Eingriff in das haftende Vermögen und enthält auch Nebenbefugnisse wie Aufrechnung und Kündigung, die mit dem Anspruch nicht verbunden sind.

Da bei dem zusammengesetzten Schuldverhältnis infolge Fehlens bestimmter Einzelleistungen nicht von einem konkreten Inhalt gesprochen werden kann, so ist das Schuldverhältnis auch nicht als Anspruch anzusehen. Die Ansprüche aus diesem Schuldverhältnis entstehen vielmehr erst, wenn der Gläubiger berechtigt ist, die

3) Siber Seite 82 erkennt einen nicht fälligen Anspruch nicht als Anspruch an.

4) a. A. Planck, Anm. 5 vor § 194 und die dort angegebenen.

einzelnen Leistungen von dem Schuldner zu fordern, d. h., wenn diese fällig sind.

Ein Unterschied zwischen Schuldverhältnis und Leistungsanspruch zeigt sich noch besonders bei der Behandlung des § 281 BGB. Wenn der Schuldner infolge eines Umstandes der die Leistung unmöglich macht, einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, so kann der Gläubiger verlangen, daß ihm dieser Ersatz herausgegeben oder der Anspruch abgetreten wird. Das zugrundeliegende Schuldverhältnis bleibt infolge des Begehrens des Gläubigers unberührt, während der ursprüngliche Leistungsanspruch in einen Ersatzanspruch verwandelt wird, der doch einen ganz anderen Gegenstand zum Inhalt hat.

Die Verschiedenheit zeigt sich weiter darin, daß Schuldverhältnisse erlöschen können, ohne daß die daraus entsprungenen Ansprüche berührt werden. So kann beim Auftrag oder beim Mäklervertrag das Schuldverhältnis zwischen den Parteien nicht mehr bestehen, während die Parteien aus dem bereits erloschenen Schuldverhältnis noch Ansprüche geltend machen können.

Der schuldrechtliche Anspruch bedeutet, von dem aus einem zugrundeliegendem Schuldverhältnis Bestimmten eine Leistung verlangen und durchsetzen zu können. Der Gegenstand des Anspruchs ist ein dem Berechtigten zugute kommender Erfolg. Er ist nicht dem Schuldverhältnis gleichzusetzen, sondern ist nur ein Ausfluß, eine Wirkung des Schuldverhältnisses[5]).

Ebenso wie beim Schuldverhältnis fallen auch beim dinglichen Recht Anspruch und das zugrunde liegende Recht auseinander. Allein in dem Bestehen des dinglichen Rechts ist noch kein Anspruch vorhanden. Damit dieser zum Entstehen kommt, muß noch ein Weiteres hinzutreten. Es muß ein Anderer sich im Widerspruch zu dem dinglichen Recht setzen, damit gegen ihn der Anspruch gerichtet werden kann. Es besteht allerdings beim dinglichen Recht eine Befugnis des Rechtsinhabers, jedermann von der Benutzung und dem Gebrauch der Sache auszuschließen. Dieses Verbietungsrecht wird nun im Schrifttum bisweilen als Anspruch aufgefaßt[6]). Der dinglich Berechtigte habe einen Anspruch gegen jedermann. Die Eigentumsansprüche sollten ihrem Wesen nach unabhängig von der Rechtsverletzung bestehen. Die Summe aller Ansprüche bilde das Eigentumsrecht.

Aber nach § 194 BGB, der sowohl für das dingliche Recht wie für das Schuldrecht Geltung hat, kann ein Anspruch erst dann entstehen, wenn der Berechtigte von dem bestimmt Verpflichteten ein Tun oder ein Unterlassen verlangen kann. Durch das dingliche Recht ist jedoch erst die Person des Berechtigten bestimmt. Der Anspruchsgegner wird durch ein weiteres Verhalten bestimmt, in

5) So auch Langheineken, Seite 24 ff; Oertmann Nr. 3 c vor §§ 241 ff.
6) So Windscheid § 43,1; Hellwig § 3; Langheineken Seite 8 ff.

dem er sich zu dem Recht in Widerspruch setzt. Der Anspruch setzt immer einen Defekt voraus, der erst mit der Erfüllung ausgeglichen wird. Vorher besteht zwischen dem Inhaber des dinglichen Rechts und einem Dritten noch keine rechtliche Beziehung. Einem Dritten, der gar nicht daran denkt, das Recht des Eigentümers zu verletzen, ist allerdings nicht erlaubt, in dessen Rechtsbereich einzugreifen. Der Eigentümer kann aber nicht irgend etwas von dem Dritten verlangen. Der Inhalt des dinglichen Rechts wird nicht dadurch gebildet, daß es jedermann verboten ist, in den Machtbereich des Berechtigten zu stoßen. Im Vordergrund des dinglichen Rechts steht vielmehr die Befugnis, die Sache zu beherrschen und zu besitzen. Der Eigentümer kann nach seinem Belieben mit der Sache verfahren, und andere von jeder Einwirkung ausschließen; es sei denn, daß Rechte Dritter oder das Gesetz entgegenstehen (§ 903 BGB). Wer im ruhigen Besitz und Genuß seines Rechtes sich befindet und von keiner Seite irgendwie gestört wird, hat keinen Anspruch. Es gibt bei den dinglichen Rechten zunächst nur ein der Herrschaft des Berechtigten unterworfener Gegenstand. Ein Gegner ist nicht vorhanden, von dem er in erster Linie etwas verlangen könnte. Der Rechtscharakter des Eigentums beschränkt sich nicht darauf, daß der Eigentümer allen das verbieten darf, was ihm nach dem Gesetz erlaubt ist. Das Verbietungsrecht des Eigentümers kann nicht als Ursache des Eigentums angesehen werden, sondern es ist eine Folge daraus.

Der dingliche Anspruch ist mit dem Recht, aus dem er entspringt, verbunden. Er ist jedoch noch nicht durch das Recht gegeben. Der Anspruch ist also mit dem dinglichen Recht nicht gleichbedeutend. Man kann das Eigentum, das gegen jedermann wirkt, nicht auffassen als gegen eine bestimmte Person, gegen den Verletzer gerichtet. Erst der Anspruch aus dem Eigentum wendet sich gegen den Verletzer. Der Anspruch aus dem Eigentum unterliegt aber einer ganz anderen rechtlichen Behandlung als das Eigentum selbst. Der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe oder auf Unterlassung von Störungen entsteht und erlischt, ohne daß das Eigentum selbst berührt wird. Während durch den Anspruch der Verletzer zur Herausgabe, zur Unterlassung von Störungen und Wiederherstellung des durch die Zuwiderhandlung entstandenen Schadens, also zu positiver Tätigkeit verpflichtet ist, bildet den Inhalt des Eigentums nur das Herrschaftsrecht über die Sache und ein Verbietungsrecht gegen jedermann.

Aus § 1004 ergibt sich, daß der Anspruch des Eigentümers sich nur gegen einen bestimmt Verpflichteten richten kann. Voraussetzung für die Anwendung des § 1004 ist, daß bereits eine einmalige Beeinträchtigung stattgefunden hat, und daß die Gefahr weiterer Störungen bevorsteht. Dieser Anspruch auf Unterlassung künftiger Störungen kann nur dann von Bedeutung sein, wenn der

Störer bereits durch einmalige Störung und Gefahr weiterer Eingriffe dem Eigentümer gegenüber in die Stellung eines konkret bestimmten Gegners gerückt ist. Von jedermann, d. h. von einem Dritten, der bisher noch nie in den Machtbereich des Berechtigten eingedrungen ist, kann der Eigentümer nichts verlangen.

Das Gesetz spricht stets von Ansprüchen aus dem Eigentum; es ist nirgends das Eigentum als Anspruch erwähnt. Die dinglichen Ansprüche erschöpfen niemals das Eigentum. Dies geht am deutlichsten aus den Vorschriften für die Verjährung hervor. Durch die Verjährung des dinglichen Anspruchs wird das Recht überhaupt nicht berührt; das Recht bleibt trotz der Verjährung der aus ihm entsprungenen Ansprüche bestehen. Daß der dingliche Anspruch des Eigentümers nicht nur durch die Tatsache des Eigentums allein, sondern erst durch den Hinzutritt eines weiteren Ereignisses gegeben ist, zeigt die Vorschrift des § 198: Die Verjährung beginnt erst mit der Entstehung des Anspruchs.

Der dingliche Anspruch ist also ebenso wie der schuldrechtliche Anspruch von dem ihm zugrunde liegenden Recht verschieden. Beide Ansprüche haben gemeinsam, daß sie in bestimmter Richtung gehen und daß bestimmte Personen zu einer Leistung verpflichtet sind. Diese Ähnlichkeit der beiden Ansprüche hat bereits dazu geführt, daß sie einander gleichgesetzt wurden, und daß der dingliche Anspruch als schuldrechtlicher Anspruch bezeichnet wurde[7]). Zwar ist das unterscheidende Merkmal der Absolutheit bei diesen Ansprüchen nicht mehr wie bei dem zugrunde liegenden Recht vorhanden. Doch ist bei der Behandlung des dinglichen Anspruchs stets sein Entstehungsgrund zu beachten. Trotzdem der dingliche Anspruch selbständig behandelt wird, ist er doch von seinem zugrunde liegenden Recht abhängig. Mit dem Untergange des dinglichen Rechts, des Eigentums, ist auch der Anspruch erloschen. Wenn der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache auf Grund seines Eigentumrechts verlangt, ist bei Vernichtung der Sache auch sein Anspruch auf Herausgabe untergegangen. Andererseits ist bei dem Erlöschen des dinglichen Herausgabeanspruchs das Eigentum vollkommen unberührt geblieben; so wenn der Besitzer die Sache dem Eigentümer zurückgibt. Ebenso zeigt sich die enge Verbundenheit des Herausgabeanspruchs mit dem Eigentum beim Wechsel des Besitzes. Der Eigentümer kann den Anspruch auf Herausgabe der Sache sofort im Augenblick des Besitzwechsels gegen jede andere

7) Hellwig, Seite 5 ff; Wendt im Archiv für die ziv. Praxis, Band 100, Seite 356 ff., 395 faßt die dinglichen Ansprüche als Legalschuldverhältnisse auf, und gelangt dann dazu die dinglichen Ansprüche unter den Begriff der Obligationen einzuwerfen.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Seite 98, 139. Seit der Entstehung der Ansprüche sei kein Unterschied mehr vorhanden. Es liege kein Grund vor, beide zu unterscheiden. Aus welchem Grunde soll man ihnen das Ursprungszeugnis anheften, wenn die rechtliche Behandlung fortan die gleiche ist?

Person richten, der die Sache von dem vorhergehenden Besitzer erlangt hat. Ein derartiger Wechsel des Anspruchsgegners ist beim Schuldrecht nicht gegeben. Diese Möglichkeit beim dinglichen Anspruch rührt daher, daß er ein Ausfluß des dinglichen Eigentumsrecht ist, welche das Verbietungsrecht in sich schließt, jeden Dritten von dem Genuß und dem Gebrauch der Sache auszuschließen.

Das unterscheidende Merkmal der Absolutheit zwischen Schuld- und Sachenrecht kann nicht nur auf das zugrunde liegende Recht beschränkt sein, sondern wirkt auch auf die Ansprüche ein, so daß trotz der Ähnlichkeit der schuldrechtlichen und dinglichen Ansprüche eine Verschiedenheit festzustellen ist.

Endemann[8]) ist für die Gleichstellung der dinglichen und schuldrechtlichen Ansprüche; er bemerkt jedoch dabei, daß die Gleichstellung nicht den wesentlichen Unterschied zwischen dinglichen und schuldrechtlichen Ansprüchen verdecken dürfe. Es liegt hierin ein Widerspruch; denn man kann nicht gleichzeitig von Gleichstellung und Verschiedenheit zweier Begriffe sprechen.

Der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe oder auf Unterlassung von Störungen unterscheidet sich außer in seinem Ursprung auch in seinem Zweck und in seinem Erfolg von dem schuldrechtlichen Anspruch. Bei dem schuldrechtlichen Anspruch soll der Schuldner eine Handlung vollziehen oder etwas unterlassen, was für den Gläubiger von Vorteil ist. Der Schuldner soll für den Gläubiger also eine günstigere Vermögenslage schaffen. Der Inhalt des Eigentumsrechts besteht darin, die Sache unbeschränkt zu beherrschen. Das Ziel der Eigentumsklage muß also darauf gehen, das Hindernis zu beseitigen, das der Rechtsausübung des Eigentümers entgegensteht. Es wird nicht für den Eigentümer eine günstigere Vermögenslage gefordert, sondern Einhaltung der Grenzen, die durch das Recht des Eigentümers gegen jedermann gezogen sind[9]).

Daß der dingliche Anspruch gegenüber dem schuldrechtlichen eine Sonderstellung einnimmt und daher eine gleiche Behandlung ausschließt, ergibt sich aus seiner Behandlung in anderen Gesetzen. Der dingliche Anspruch wird aus der Menge der anderen Ansprüche herausgehoben. So bestimmt § 24 ZPO, daß für alle Klagen, die das Eigentum zur Grundlage haben, ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht. Im Konkurs gilt für den Herausgabeanspruch des Eigentümers ein besonderes Aussonderungsrecht, § 43 KO.

b) Anwendung schuldrechtlicher Regeln auf dingliche Ansprüche.

Der dingliche Anspruch des Eigentümers weist jedoch trotz seines Ursprungs aus dem absoluten Recht eine gewisse Verwandtschaft

8) a.a.O. § 86.

9) Ebenfalls für eine Unterscheidung des dinglichen vom schuldrechtlichen Anspruch: Enneccerus I § 204 II; Wolff, Sachenrecht § 85; Oertmann Anm. 3c vor §§ 241 ff.

mit dem schuldrechtlichen Anspruch auf. Wie die Forderung richtet sich der dingliche Anspruch gegen eine bestimmte Person und verlangt ein Recht auf ein bestimmtes Verhalten. Ebenso wie der dingliche Anspruch eine Sache zum Gegenstand seines Inhalts hat, so kann es auch schuldrechtliche Ansprüche geben, deren Leistungsgegenstand darin besteht, daß der Schuldner dem Gläubiger eine Sache herauszugeben hat. So beim Kauf- oder Mietvertrag, wo der Anspruch auf Übergabe der gekauften oder gemieteten Sache besteht.

Außer den vielen Verweisungen, die im Schuldrecht auf das Sachenrecht und umgekehrt erfolgen, gibt es Rechtsverhältnisse, die im Schuldrecht wie im Sachenrecht gleichmäßig behandelt werden. So z. B. die Abtretung des Anspruchs. Die Abtretung des schuldrechtlichen Anspruchs ist in den §§ 398 ff geregelt. Zwar spricht das Gesetz nicht von der Abtretung des Anspruchs sondern von der Abtretung einer Forderung. Es werden aber nach den Bestimmungen der §§ 398 ff nicht ganze Schuldverhältnisse abgetreten, sondern nur der einzelne Anspruch aus dem Schuldvertrag. Darum kann der einzelne schuldrechtliche Anspruch nicht von den nach §§ 398 ff abgetretenen Forderungen unterschieden werden.

Das Gesetz hat andererseits beim Eigentum im § 931 die Abtretung des Herausgabeanspruchs geregelt und mit ihm die Übertragung des Eigentums verbunden, wenn die Parteien über die Eigentumsübertragung sich geeinigt haben. Nach § 931 wird die Übertragung des Eigentumsherausgabeanspruchs verlangt. Es kann nicht außer der Einigung über den Eigentumsübergang die Abtretung des schuldrechtlichen Rückgabeanspruchs nach Maßgabe des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses allein genügen[10]). Es ist vielmehr die Abtretung des Eigentumsherausgabeanspruchs erforderlich. So ist doch auch, wenn der Eigentümer nicht der mittelbare Besitzer einer in den Besitz eines Dritten befindlichen Sache ist, die Abtretung des dinglichen Anspruchs notwendig, damit das Eigentum übergehen kann. Es ist nicht einzusehen, warum bei einem zugrunde liegenden Schuldverhältnis die Übertragung des schuldrechtlichen Rückgabeanspruchs genügen soll. Da es sich um die Übertragung eines dinglichen Rechtes handelt, so muß in erster Linie der Anspruch aus dem dinglichen Recht abgetreten werden; ob ein Schuldverhältnis bestand, kann erst in zweiter Hinsicht berücksichtigt werden. Das konkrete rechtliche Band, das den Eigentümer als Anspruchsträger mit dem Besitzer der Sache verbindet, ist die sachliche Grundlage, auf der die Abtretung des Eigentums auf den Erwerber beruht. Dieselbe Regelung finden wir bei der Übertragung des Besitzes nach § 870, wo die Abtretung des Anspruches

---

10) So Siber: Passivlegitimation, Seite 246 ff; ebenfalls Woolff a.a.O., § 67 II 1.

aus dem ihm zugrunde liegenden Innenverhältnis die Grundlage für den Besitz des neuen Erwerbes bildet[11]).

Eine weitere Ähnlichkeit zwischen den schuldrechtlichen Ansprüchen und den dinglichen Herausgabeansprüchen besteht darin, daß der Anspruchsgegner bei Untergang der zu leistenden oder herauszugebenden Sache den Ersatz oder den Ersatzanspruch herauszugeben hat, den er infolge eines Umstandes erhält, der die Leistung unmöglich macht. Durch die Unmöglichkeit erlischt nicht ganz das Schuldverhältnis oder das dingliche Rechtsverhältnis zwischen den Parteien. Es wird vielmehr insoweit als weiterbestehend behandelt. Auch der Anspruch ist durch die Unmöglichkeit in seinem Grunde nicht geändert worden. Der Zweck ist derselbe geblieben. Der Leistungsgegenstand ist allerdings ein anderer geworden.

Während im § 281 dieser Grundgedanke für das Schuldrecht vorgeschrieben worden ist, hat das Gesetz bei der Regelung des Eigentums keine derartige Bestimmung aufgenommen. Es ist ein lebhafter Streit darüber entstanden, ob beim Eigentumsrecht auch ein derartiges Fortleben des Rechtsverhältnisses und des dinglichen Anspruches besteht wie beim Schuldverhältnis. Diese Frage ist in der Rechtslehre und Rechtsprechung zum Teil verneint worden[12]).

Zur Begründung wird angeführt: Bei dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe sei der Besitz beim Anspruchsgegner die tatsächliche Voraussetzung des Anspruchs. Durch den Wegfall dieser Voraussetzung sei der Anspruch erloschen, und man könne in dem Wegfall des Besitzes nicht einen Umstand erblicken, der die Leistung unmöglich mache, wie es für das Schuldverhältnis im § 281 geschehen sei. Nur beim Schuldverhältnis könne gemäß seiner rechtlichen Struktur die Möglichkeit gegeben sein, daß die Verpflichtung in sich weiter bestehen bleibe. Dagegen beim dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers sei der Besitzer durch den Besitzverlust nicht nur von seiner Verpflichtung befreit, sondern dem dinglichen Rechtsverhältnis sei sogar die Unterlage für ein weiteres Bestehen entzogen.

Walsmann gibt bereits zu, daß bei Eigentumsansprüchen nicht immer der Fortbestand des dinglichen Anspruchs verneint werden kann. Er gibt zwar keine Fälle an, bei denen die Frage bejaht werden kann, sondern sagt nur, daß das Gericht in dem zur Entscheidung stehenden Tatbestand richtig die Fortsetzung des dinglichen Verpflichtungsverhältnisses verneint habe.

Wenn beim Herausgabeanspruch des Eigentümers der An-

---

11) Die weitere Frage, ob der dingliche Herausgabeanspruch abgetreten werden kann, ohne daß das Eigentum an dem Gegenstande übergeht, soll hier nicht weiter erörtert werden, da diese Streitfrage über den Rahmen der Arbeit hinausgeht.

12) Oertmann Bem. 8 zu § 281; Haymann in Iherings Jahrb., Band 77, Seite 287; Titze in JW 1928, Seite 2016 f.; Walsmann in JW 1926, Seite 1244; OLG Hamburg in JW 1926, Seite 1244; RGRKom Anm. 5 zu § 985; RG Band 115, Seite 31.

spruchsgegner den Besitz verliert, ist allerdings der Anspruch erloschen, da eine Anspruchsvoraussetzung weggefallen ist. Durch den Wegfall des Besitzes kann der dingliche Herausgabeanspruch nicht mehr verwirklicht werden. Doch ist ebenso wie beim Schuldverhältnis auch beim Eigentumsrecht die Möglichkeit gegeben, daß das Rechtsverhältnis in sich weiter fortbestehen bleibt[13]). Es bleiben nicht nur die schuldrechtlichen Erstattungsansprüche aus den §§ 987 ff bestehen, sondern es muß dem Eigentümer auch die Möglichkeit gegeben werden, auf den dinglichen Herausgabeanspruch zurückzugreifen, wenn der Gegenstand später wieder auftauchen sollte. Wenn auch durch die Unmöglichkeit der Gegenstand vielleicht vorläufig nicht erlangt werden kann, so ist hierdurch doch noch nicht das Eigentum untergegangen. Dieses bleibt vielmehr fortbestehen, ebenso wie das dingliche Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer weiter bestehen bleiben muß. Auch das Reichsgericht geht in seiner Entscheidung davon aus, daß das Eigentum durch die Unmöglichkeit der Herausgabe noch nicht erloschen ist, sondern, daß es dann erst untergehe, wenn der Eigentümer die Verfügung des Besitzers genehmige, die es in der Erhebung der Klage sieht. Das Reichsgericht hat hier nur die Frage für den Fall zu lösen versucht, daß der Besitzer über den Gegenstand verfügt, nicht aber für den Fall, daß der Gegenstand verloren geht oder sonst abhanden kommt.

Da der Eigentümer bei der Anwendung des § 816 sein bisheriges Eigentum verliert, zeigt demgegenüber die Anwendung des § 281 die schwächere Form, da es das Eigentum vollkommen unberührt läßt. Die Anwendung des § 816 ist für den Eigentümer daher nicht so günstig wie die Anwendung des § 281. Falls der Besitzer für den Gegenstand ein Entgelt erhält, das unter dem wirklichen Wert liegt, so ist es unbillig für den Eigentümer, wenn er nur diesen Ersatz erhält und später beim Wiedererscheinen die Sache selbst nicht mehr beanspruchen kann, da er das Eigentum inzwischen verloren hat. Das ist besonders der Fall bei Sachen, die für den Eigentümer einen Liebhaberwert darstellen.

Es ist daher kein Grund vorhanden, § 281 beim dinglichen Herausgabeanspruch nicht anzuwenden. Im Gesetz ist keine Schranke für die Anwendung des § 281 bei § 985 gezogen; da das dingliche Rechtsverhältnis trotz Untergang des Herausgabeanspruchs bestehen bleibt, können hier rechtliche Bedenken nicht geltend gemacht werden. Auch aus wirtschaftlichen Gründen muß die Anwendung des § 281 geboten sein, damit der Eigentümer beim Wiedererscheinen des Gegenstandes seinen Anspruch auf Herausgabe geltend machen kann[14]).

Aus der Ähnlichkeit der schuldrechtlichen und dinglichen An-

13) A. A. RG Band 115, Seite 33.
14) So auch RG Band 105, Seite 84.

sprüche ergibt sich, daß vielfach allgemeine schuldrechtliche Regeln auf die dinglichen Herausgabeansprüche des Eigentümers anwendbar sind. Für diejenigen, die den Herausgabeanspruch des Eigentümers als Schuldverhältnis bezeichnen[15]) oder den dinglichen Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe dem schuldrechtlichen Anspruch gleichsetzen[16]), ist die Anwendung schuldrechtlicher Regeln ohne weiteres gegeben, da spätestens nach Entstehung der Ansprüche ein Unterschied zwischen den beiden Ansprüchen nicht mehr gefunden werden kann. Ebenso bei denen, die den dinglichen Anspruch unter den Begriff der Obligationen bringen[17]). Aber auch wenn man schuldrechtliche Ansprüche als von dinglichen Herausgabeansprüchen verschieden betrachtet, ist doch die Anwendung gewisser schuldrechtlicher Regeln notwendig und der Natur des Gesetzes entsprechend.

Im Sachenrecht werden mehr die Rechte und Pflichten des Berechtigten erwähnt, so daß von Ansprüchen kaum die Rede ist. Es werden zwar einige Richtlinien für die rechtliche Behandlung der entstehenden Ansprüche gegeben, im übrigen ist jedoch das Eigentumsrecht auf die Ergänzung schuldrechtlicher Regeln angewiesen. Im Schuldrecht hat das Gesetz die Ansprüche so behandelt und ausgebaut, daß diese sogar den wesentlichen Teil des Schuldrechts ausmachen.

Die einzelnen Teile des Bürgerlichen Gesetzbuches sind nicht derart gegeneinander abgeschlossen, daß Rechtsregeln des einen Teils bei dem anderen Teil nicht berücksichtigt werden könnten. Die einzelnen Teile sind vielmehr auf eine gegenseitige Ergänzung angewiesen. Daß diese allgemeinen Vorschriften nur im Schuldrecht geregelt sind, ist damit zu erklären, daß das Schuldrecht im wesentlichen nur die Leistungspflichten behandelt. Die Rechtssätze aus dem allgemeinen Teil des Schuldrechts gelten aber vielfach für alle Rechtsverhältnisse, aus denen Ansprüche und Verbindlichkeiten entspringen können.

Bei der Besprechung des dinglichen Herausgabeanspruchs haben auch die Motive[18]) zu der Frage der Anwendung schuldrechlichen Regeln auf diesen Anspruch Stellung genommen. Sie gehen davon aus, daß die in einem Recht an der Sache sich gründenden Ansprüche, die auf Herstellung des Zustandes gehen, der dem Inhalt des Rechts entspricht, sich von den schuldrechtlichen Ansprüchen immer unterschieden, da beim Forderungsrecht die Personen des Gläubigers und Schuldners von vornherein gegeben seien. Da jedoch die dinglichen Ansprüche einen obligationsähnlichen Charakter hätten, sei die Anwendung der Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts bei den Eigentumsansprüchen gerechtfertigt.

---

15) Hellwig a.a.O., Seite 30.
16) Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis, Seite 139.
17) Wendt im Archiv für die ziv. Prax., Band 100, Seite 395.
18) a.a.O., Band 3, Seite 398 f.

Ohne diese Anwendung würde sich eine fühlbare Lücke ergeben. Die Aufnahme einer besonderen Vorschrift sei jedoch nicht angemessen, da es sich mehr um eine Rechtswahrheit als um einen positiven Rechtssatz handele.

Daß die Vorschriften über das Eigentumsrecht einer Ergänzung aus dem allgemenen Tei des Schuldrechs bedürfen, geht nicht nur aus den Motiven zum Gesetzbuch hervor, sondern das Gesetz gibt selbst Hinweise darauf. Im § 990 Abs. 2 bestimmt das Gesetz, daß eine weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzuges unberührt bleibe. Auch bei anderen Teilen des Sachenrechts wird auf die Vorschriften des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse Bezug genommen. Es kann aus der einzelnen Bezugnahme nicht geschlossen werden, daß bei den anderen dinglichen Vorschriften keine Beziehung zu den schuldrechtlichen Regeln beständen, und daß diese nicht ebenso hierbei Anwendung finden könnten. Auch werden bei dem Eigentumsrecht und bei den Eigentumsansprüchen Rechtsbegriffe behandelt, die nur aus dem allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse ihre Erklärung finden können.

Wie das Gesetz im Sachenrecht Hinweise auf das Schuldrecht gibt, so hat es auch umgekehrt im Schuldrecht dingliche Vorschriften verwandt. So bestimmt § 292, daß der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz nach Eintritt der Rechtshängigkeit sich nach den Vorschriften richtet, welche für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Auch bei § 347 hat das Gesetz eine ebensolche Regelung getroffen.

Trotzdem sich hieraus eindeutig die Anwendung schuldrechtlicher Regeln auf den dinglichen Herausgabeanspruch ergibt, will Kohler[19]) diese allgemeine Ergänzung verneinen. Er leugnet überhaupt, daß der Besitzer zur Herausgabe verpflichtet sei. Der Anspruch aus dem Eigentum gehe nicht auf Herausgabe, sondern darauf, daß der Besitzer dem Eigentümer den Gegenstand zur Verfügung stelle; der Eigentümer könne dann wieder den Besitz ergreifen. Die Ausdrucksweise im § 985 sei ungenau; der Besitzer sei nicht verpflichtet, die Sache herauszugeben, sondern er entspreche dem Anspruch bereits, wenn er aufhöre, sich als Besitzer zu verhalten.

Dem Eigentümer steht indessen nach § 985 der Anspruch auf Herausgabe der Sache zu. Der Anspruch darf nicht so eng ausgelegt werden, daß der Besitzer nur zu einem Unterlassen verpflichtet sei; er ist vielmehr zu positiver Tätigkeit verpflichtet, um dem Anspruch Genüge zu leisten. Es ist dem Eigentümer wenig gedient, wenn der Anspruch bereits dadurch erfüllt sein soll, daß der Besitzer aufhört zu besitzen; denn er muß seine Sache wieder haben. Der Besitzer könnte sonst dem Anspruch bedeutend leichter dadurch entsprechen, daß er sich durch Besitzaufgabe von der Sache löst. Hierin

---

19) a.a.O., Seite 178/179.

kann jedoch nicht der Inhalt des Herausgabeanspruchs bestehen. Diejenige Auslegung des § 985 ist als richtig anzusehen, die darin eine Verpflichtung zur positiven Leistung des Besitzers, die Herausgabe der Sache sieht[20]).

c) Ausdehnung auf solche Ansprüche, die auf objektiver Rechtswidrigkeit beruhen.

Die eigentliche Frage ist nun aber, ob nun auch Ansprüche, die nur auf objektiver Rechtswidrigkeit beruhen, wie der Herausgabeanspruch nach § 985, der entsprechenden Anwendung des § 254 unterliegen. Und das muß bezweifelt werden; denn Voraussetzung für jene sinngemäße Anwendung ist, daß der Anspruch dem Schadensersatzanspruch seiner Natur nach verwandt ist. Er muß daher entweder auf einem Verschulden des Verpflichteten beruhen oder doch auf einer Gefährdung, die das Gesetz einem Verschulden gleichstellt. Das erhellt besonders auch daraus, daß auch dem Kläger selbst ein Verschulden zur Last gelegt wird; denn nur für diesen Fall ist die Einwendung aus § 254 gegeben.

Allerdings hat man dem Ausdruck Verschulden in diesem Paragraphen eine andere Auslegung geben wollen als die streng gesetztechnische für ein Verschulden ist. Und eben dadurch, daß man diesem Begriff seine ursprüngliche Bedeutung durch eine weitere Auslegung nehme, werde der § 254 vollkommen aus dem Schuldrecht herausgestellt; er müsse demnach auch bei allen Rechtsverhältnissen und den daraus entspringenden Ansprüchen zur Anwendung gelangen, die mit dem Schuldrecht oder den schuldrechtlichen Ansprüchen nicht im geringsten verwandt seien.

Den Begriff Verschulden hat das Gesetz selbst nicht bestimmt. Die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch können aber einen gewissen Anhalt dafür geben. Insbesondere heißt es in den Motiven[21]):

> „Unter Verschulden wird ein auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhendes Verhalten verstanden."

Überall dort, wo das Gesetz vom Verschulden spricht, ist darunter im technischen Sinne ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten zu verstehen. So ist auch bei § 254 BGB das mitwirkende Verschulden als ein „auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhendes Verhalten" zu verstehen, und es ist kein Grund dafür gegeben, bei diesem Paragraphen von dem gesetztechnischen Begriff Verschulden abzugehen. Auch die Materialien zu § 254 bieten keinen Anhalt dafür, dem Verschulden im § 254 eine andere als die technische Bedeutung beizulegen[22]).

Im Schrifttum ist man vielfach dieser Auffassung nicht gefolgt.

---

20) So auch Motive a.a.O., Band III, Seite 398.
21) a.a.O., Band 1, Seite 281.
22) vergl. hierzu Protokolle I, Seite 300.

Man will dem Verschulden im § 254 eine andere Bedeutung beilegen, um auf diese Weise des Anwendungsgebiet dieses Paragraphen zu vergrößern. Der Ausdruck Verschulden sei nicht im streng technischen Sinne zu verstehen. Dies sei dadurch gerechtfertigt, daß es sich offenbar um eine irrtümliche Bezeichnung des Gesetzes handele.

Endemann[23]) will den Ausdruck Verschulden im „Volkssprachgebrauch" umdeuten und an die Stelle Verschulden den Ausdruck „war selbst schuld daran" setzen. Auch sonst sei im Bürgerlichen Gesetzbuch Verschulden im Sinne von Verursachen verwandt.

Croissant[24]) begründet seine Auffassung damit, daß das Verschulden im § 254 nicht ein solches im juristischen Sinne sein könne, da durch eigenes Verschulden niemals ein fremdes Recht verletzt werden könne.

Crome[25]) vertritt ebenfalls die Ansicht, daß das Verschulden im § 254 mit dem sonstigen Verschuldensbegriff im Bürgerlichen Gesetzbuch nichts gemein habe. Es sei vielmehr ein rein tatsächlicher Begriff, der die Bedeutung von Verursachung habe. Das mitwirkende Verschulden könne nicht als rechtswidrig bezeichnet werden. Innerhalb des eigenen Rechtsbereiches könne jeder tun und lassen, was er wolle, ohne daß die Rechtsordnung nachteilige Folgen daran knüpfe. Dieser Auffassung haben sich ebenfalls Wendt[26]) und Bienenfeld[27]) angeschlossen.

Es ist Endemann zwar zuzugeben, daß an einigen Stellen des Bürgerlichen Gesetzbuches die Ausdrucksweise bei Verschulden nicht scharf genug umrissen worden ist, so daß ein Ausdruck wie schuldhafte Handlung[28]) eher zutreffen würde. Doch ist das Wort Verschulden nie so verwandt worden, daß es einem tatsächlichen Verhalten entsprechen würde. So ist auch beim § 254 bewußt ein Unterschied zwischen Verursachen und Verschulden gemacht worden. Besonders spricht hierfür, daß im ersten Halbsatz des § 254 A. 1 vom Verschulden gesprochen wird, während der Nachsatz das Wort Verursachung gebraucht. Wenn das Gesetz Verschulden gleich Verursachen hätte setzen wollen, so konnte es nicht in demselben Satz für einen Begriff zwei Ausdrücke gebrauchen, da hierdurch nur Verwirrung hätte entstehen können.

Gegen eine Gleichsetzung dieser beiden Begriffe spricht auch die Tatsache, daß sich Verschulden und Verursachung nie einander zur Voraussetzung haben. Verschulden kann ohne Verursachung und ebenso Verursachung kann ohne Verschulden bestehen[29]).

23) a.a.O., Seite 596, Anm. 4.
24) a.a.O., Seite 13 ff
25) a.a.O., Band 1, Seite 494.
26) a.a.O., Seite 176 ff.
27) in Seuff. Bl., Band 68, Seite 489 ff.
28) So auch Traeger a.a.O., Seite 339; Gottschalk a.a.O., Seite 78.
29) So auch die herrschende Ansicht. Planck Vorm. zum allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse, Seite 36 f.

Auch die Entstehungsgeschichte des § 254 zeigt deutlich, daß ein Unterschied zwischen den zwei Begriffen in diesem Paragraphen gemacht werden soll. So spricht der Entwurf im § 222 von einem fahrlässigen Mitwirken des Beschädigten. In den Protokollen[30]) ist ein Antrag enthalten, das Wort Fahrlässigkeit durch Verschulden zu ersetzen, damit auch der Fall einer vorsätzlichen Vergrößerung eines Schadens miteinbezogen werden könne. Es ist also deutlich zum Ausdruck gekommen, daß neben dem vorwiegenden Verursachen auch das Verschulden zu berücksichtigen ist[31]).

Bei der Frage, ob das Verschulden im technischen Sinne des Gesetzes oder im untechnischen Sinne zu verstehen ist, ist zu untersuchen, ob das eigene Verschulden, wie das Verschulden gegen andere rechtswidrig ist. Ist das Verschulden im § 254 nicht als rechtswidrig zu bezeichnen, so kann auch nicht von einem Verschulden im technischen Sinne gesprochen werden, da hier eine rechtswidrige Handlung vorausgesetzt wird. Es ist zuerst von Zitelmann[32]) die Frage aufgeworfen worden, ob das Verschulden im § 254 rechtswidrig ist. Er hat als erster den Ausdruck „Verschulden gegen sich selbst" geprägt und damit das Verschulden im § 254 im Gegensatz zu einem Verschulden gegen andere gesetzt. Bei dem Verschulden gegen sich selbst liege keine Verletzung einer Rechtspflicht vor, sondern es sei nur eine Voraussetzung außer Kraft gsetzt, an der das Recht die Erlangung von Rechtsvorteilen knüpft oder rechtliche Nachteile eintreten lasse. Ein gegenteiliges Verhalten sei vom Gesetz aber nicht befohlen, da nicht die Verletzung einer Rechtspflicht vorliege, die vom Gesetz im Interesse anderer Personen auferlegt worden sei. Das Gesetz habe auch hier den Begriff Verschulden verwandt, wie es ihn in anderen Bestimmungen gebraucht habe. Man müsse daher beim § 254 von einer Erweiterung des Verschuldensbegriffes sprechen. Da der Tatbestand des Verschuldens im § 254 dem des Verschuldens gegen andere vollkommen gleichbedeutend sei, müsse der Unterschied in der Art des Werturteils liegen. Auch eine Rechtspflicht zum „Andershandeln" bestehe im Gesetz nicht. Man müsse daher zum Ergebnis kommen, daß das Verschulden im § 254 weder objektiv noch subjektiv rechtswidrig sei.

Auf dem gleichen Standpunkt wie Zitelmann stehen Traeger[33]), von Leyden[34]) und Rümelin[35]). Rümelin hält die Ausführungen Zitelmanns von grundlegender Bedeutung. Auch er verwirft das Vorhandensein einer Rechtspflicht, da eine solche weder in Bezug auf die eigenen Angelegenheiten als auch in Bezug auf den zum Schadensersatz verpflichteten Gegner denkbar wäre.

30) a.a.O., Band 1, Seite 300.
31) So auch Traeger, Seite 339.
32) Allgemeiner Teil, Seite 152, 166 ff.
33) a.a.O., Seite 329.
34) a.a.O., Seite 62 ff.
35) Archiv für die ziv. Praxis, Band 90, Seite 311, 312.

Die Ansicht Zitelmanns ist vielfach angegriffen worden. Auch das eigene Verschulden sei genau so rechtswidrig wie das Verschulden gegen Dritte. Nach von Liszt[36]) ist die Rechtswidrigkeit darin zu ersehen, daß in § 254 eine Rechtspflicht zum positiven Handeln aufgestellt sei, und daher sei jedes Handeln das nicht dieser Rechtsnorm entspreche, rechtswidrig. Endemann[37]) hält gleichfalls das Verschulden im § 234 für rechtswidrig, soweit es wenigstens den Absatz 2 betrifft. Es sei ein „rechtlich anzuerkennendes Pflichtgebot" im § 254 dargelegt, wonach der vom Schaden Bedrohte es für seine Aufgabe ansehen müsse, sich nicht schlechthin der Schadenswirkung preiszugeben, sondern im Schutze seiner Interessen zu handeln, wie ein Besonnener und redlicher Verkehrsgenosse. Gottschalk[38]) greift besonders die Auslegung Zitelmanns an, daß wegen Fehlens einer Rechtspflicht das Verhalten des Geschädigten weder objektiv noch subjektiv rechtswidrig sei. Nach solchen Worten erscheine es nicht recht erklärlich, überhaupt noch von einem Verschulden und besonders von einem Verschulden gegen sich selbst zu sprechen. Gottschalk nimmt für das Verhalten, das nach § 254 geboten ist, eine Rechtspflicht an, da der einzelne Mensch nicht bestehen könne, ohne mit anderen in Berührung zu kommen, so daß sich auch die Rechts- und Interessenkreise miteinander berühren müßten. Sobald aber das Interesse eines anderen mit dem eigenen in Berührung komme, müsse er sein Handeln so einrichten, daß der andere Teil in seinen Rechtsgütern möglichst ungestört bleibe. Weyl[39]) teilt die Ansicht Gottschalks vollkommen.

Den Gegnern der Lehre Zitelmanns ist insoweit zuzustimmen, als sie das Verschulden im technischen Sinne auslegen. Das Gesetz spricht ausdrücklich von einem Verschulden des Geschädigten, und bei dieser „festen Ausdrucksweise des Gesetzes" [40]) ist es nicht möglich, hier einen anderen Begriff unterzulegen, wie er bei den übrigen Gesetzesbestimmungen verwandt wird. „Das eigene Verschulden" spielt sich innerhalb derselben Schuldregeln ab wie das Verschulden gegen andere, und es kann aus diesem Grunde keine andere Beurteilung Platz greifen. Der Grund der Mißbilligung des Verhaltens ist in beiden Fällen genau der gleiche.

Es muß ihnen aber widersprochen werden, wenn sie für den Geschädigten eine Rechtspflicht zum Andershandeln festsetzen wollen. Es ist stets Voraussetzung für das Bestehen einer Pflicht, daß bereits ein Gebot vorhanden ist. Nur dann kann der Einzelne einer Pflicht nachkommen, wenn ein Gebot ihm ein entsprechendes Verhalten befiehlt.

---

36) Deliktsobligationen a.a.O., Seite 81.
37) a.a.O., § 132.
38) a.a.O., Seite 70 ff.
39) aa.O., Seite 523.
40) So Leonhard a.a.O., Seite 180.

Das Gesetz kennt keine eigentlichen Pflichten des Berechtigten gegen sich selbst. Nirgends ist im Gesetz dem Berechtigten eine Pflicht zum Andershandeln auferlegt. Innerhalb des eigenen Rechtsbereiches kann jeder nach seinem Gutdünken verfahren. Die Ausübung eines freien Rechtes steht im Ermessen jedes Einzelnen, und er kann das Recht insoweit ausüben, als es ihm der Inhalt dieses Rechtes gestattet. Die Rechtsausübung ist auch nicht dadurch beschränkt, daß der Handelnde in die Rechtskreise anderer Mitmenschen eingreift. Ein solches Ineinandergreifen ist nicht zu vermeiden, da es durch das Zusammenleben der Menschen bedingt ist.

Es ist im Gesetz dem Einzelnen nirgends eine Rechtspflicht dahingehend auferlegt, seine eigenen Güter vor Schaden zu bewahren. Ein Beweis hierfür bieten die §§ 989, 990 BGB. Der Besitzer einer fremden Sache ist wegen Beschädigung einer Sache dem Eigentümer nicht verantwortlich, so lange er noch nicht verklagt ist und in dem Glauben sich befindet, daß er der Eigentümer dieser Sache sei.

Wenn eine Rechtspflicht bestehen sollte, so wäre diese gleich einem Anspruch einklagbar, und es müsse weiterhin die Möglichkeit bestehen, diesen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Hieraus könnte man ersehen, ob wirklich eine Rechtspflicht einem anderen gegenüber im § 254 dem Geschädigten auferlegt sei. Denn wenn die Rechtsordnung ein vorgeschriebenes Verhalten durch Zwangsvollstreckung zu sichern sucht, so kann man daraus entnehmen, daß die Rechtsvorschrift im Interesse anderer aufgestellt ist und somit einem anderen gegenüber eine Rechtspflicht begründet[41]). Als Kennzeichen einer Rechtspflicht dient vielfach der Umstand, daß das Gesetz an ein Zuwiderhandeln eine Schadensersatzpflicht knüpft. Da das Verschulden im § 254 nur einen Rechtsnachteil zur Folge hat, kann man ersehen, daß das Vorliegen einer Rechtspflicht im § 254 nicht gefolgert werden kann.

Das Gesetz hat nur insoweit eine Schranke gesetzt, als es die Ausübung eines Rechtes verbietet, wenn es aus Böswilligkeit geschieht. So bestimmt § 226, daß die Ausübung eines Rechtes nicht zulässig ist, wenn sie nur den Zweck verfolgt, einem anderen Schaden zuzufügen.

Ebenfalls ist hier die Bestimmung des § 826 zu erwähnen, „der gewisse moralische Verpflichtungen zu Rechtspflichten zu stempeln scheint“ [42]). Das mitwirkende Verschulden des Geschädigten im § 254 kann aber nicht die Auslegung erfahren, als wenn es die Bedeutung hätte, einem anderen Schaden zuzufügen; denn dann wäre in § 254 eine Rechtspflicht hineingelegt, die denselben Zweck verfolgt wie der § 226. Daß dieses nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann, ist daraus zu schließen, daß bei § 226 eine be-

41) So v. Tuhr I, Seite 101.
42) So Rümelin Archiv f. ziv. Prax., Band 90, Seite 328.

wußte Absicht der Schadenszufügung verlangt wird, während § 254 mehr die Fälle treffen soll, bei denen dem Geschädigten ein fahrlässiges Verhalten vorgeworfen wird.

Ist nun das mitwirkende Verschulden des Geschädigten nicht im untechnischen Sinne oder auch gleich Verursachen zu verstehen und kann darin auch nicht eine Verpflichtung zum Andershandeln begründet sein, so ist dem § 254 doch über seinen eigentlichen Wortlaut hinaus eine weitere Auslegung zu geben, um den Erfordernissen des täglichen Verkehrs gerecht zu werden. Auch im § 254 hat das Verschulden die Bedeutung, daß es die Abweichung von einem gewissen Normaltypus mißbilligt. Hier muß man mit Rümelin[43]) als Normaltypus das Verhalten eines redlichen und vernünftigen Mannes ansehen. Nach einem solchen Verhalten ist jedermann gehalten, unter Beobachtung aller Sorgfalt sich möglichst vor Schaden zu bewahren und alle Gefahren von sich abzuhalten zu suchen[44]). Hierunter kann man aber keine Rechtspflicht verstehen, die anspruchsbegründend wäre, so daß ein Schuldverhältnis[45]) entstehen könnte. Es besteht lediglich eine Aufgabe für den Geschädigten, sich vor Schaden zu bewahren. Mit Leonhard[46]) ist anzunehmen, daß die Erfüllung dieser Aufgabe nicht eine Rechtspflicht bedeute, sondern nur eine „Vorbedingung für einen Rechtserwerb" ist. Ebenso wie bei der Beweispflicht im Zivilprozeß und bei der Pflicht des Erben zur Inventarerrichtung handelt es sich auch hier nicht um eine Rechtspflicht; denn es kann niemand zum Beweisantritt und zur Inventarerrichtung gezwungen werden.

Wie bereits erwähnt braucht das Verhalten des Geschädigten nicht darauf gerichtet zu sein, seine eigenen Güter vor Schaden zu bewahren. Es besteht keine Gesetzesbestimmung, die vorschreibt oder die eine Vorbedingung zum Rechtserwerb dafür setzt, daß jeder möglichst einen Schaden an seinen Gütern zu vermeiden und Gefahren von ihnen fernzuhalten habe. Die herrschende Meinung[47]) nimmt zwar an, daß das Verhalten des Geschädigten vom Gesichtspunkt seines Interesses aus betrachtet werden müsse. Auf den eingetretenen schädlichen Erfolg müsse sich das mitwirkende Verschulden beziehen.

Aber diese Auffassung der herrschenden Meinung führt zu höchst unbilligen Ergebnissen. Das mitwirkende Verschulden könnte für den Geschädigten nur dann in Betracht kommen, wenn sein Verhalten als unklug zu bezeichnen ist, nicht aber, wenn er die Interessen seines Gegners verletzt hat.

Ein besonders starker Ausdruck dieser Auffassung findet sich in

---

43) Arch. f. d. ziv. Prax., Band 90, Seite 312.
44) So auch Leonhard a.a.O, Seite 184
45) So Leonhard aa.O., Seite 184.
46) a.a.O., Seite 185.
47) Traeger a.a.O., Seite 330 ff.; v. Liszt, Deliktsobligationen, Seite 82 f.; v. Leyden, Seite 73.

einer Reichsgerichtsentscheidung[48]). Ein Forstaufseher hatte einen Wilderer auf frischer Tat ertappt und hatte ihn bei der Festnahme durch unvorsichtiges Hantieren mit der Waffe verletzt. Das Reichsgericht hatte den Forstaufseher zum vollen Ersatz des entstandenen Schadens verurteilt und mitwirkendes Verschulden des Wilddiebs aus dem Grunde abgelehnt, weil in dem Begehen der strafbaren Handlung noch kein Verschulden gesehen werden könne, da der entstandene Schaden nicht als Folge des unberechtigten Jagens vorausgesehen werden konnte. Ebenfalls müßte ein Dieb, der beim Einschleichen in eine nicht den Polizeivorschriften entsprechend zugedeckte Grube gefallen und verletzt wäre, nach dieser Ansicht von dem Eigentümer vollen Schadensersatz verlangen können.

Der herrschenden Auffassung tritt neben Leonhard[49]) Rümelin[50]) entgegen, obwohl er sonst der Lehre vom Verschulden gegen sich selbst zustimmt; er läßt als Voraussetzung der Anwendung des § 254 ein Verschulden in irgend einer Richtung genügend sein. Auch Oertmann[51]) ist für die Anwendung des § 254, wenn bei Entwicklung des gesamten Tatbestandes ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat.

Das in solchen Fällen unbillige Ergebnis läßt sich in der Tat nur vermeiden, wenn das mitwirkende Verschulden nicht vom Gesichtspunkt des Geschädigten hinsichtlich der Verletzung eigener Interessen beurteilt wird, sondern wenn das Verhalten die Interessen des Gegners berücksichtigt. Das mitwirkende Verschulden richtet sich niemals gegen eigene Interessen, sondern es sieht stets ein Verhalten gegen dritte Personen vor.

Man muß also hiernach zum Ergebnis kommen, daß § 254 nur bei solchen Ansprüchen angewendet werden kann, bei denen nach dem Wortlaut des Gesetzes ein Verschulden des Geschädigten Voraussetzung wird. Nur dort ist eine Anwendung berechtigt, wo das technische Verschulden gleich einer Aufgabe des Geschädigten aufgefaßt werden kann, seinen Gegner möglichst vor Schaden zu bewahren. Eine Ausdehnung auf solche Fälle, wo das Verhalten des Geschädigten nicht ein Verschulden im technischen Sinne ist, sondern diesem nur verwandt ist, oder wo das Verhalten einem unverschuldeten Verursachen gleicht, ist nicht möglich, ohne daß grundlegende Begriffe des Gesetzes aufgegeben werden.

Im Gegensatz zu diesen Gedanken, die für das Schadensersatz-Recht maßgebend sind, genügt es zum Entstehen des dinglichen Herstellungsanspruchs, daß der Besitzer sich in Widerspruch zum dinglichen Recht des Eigentümers gesetzt hat. Ein bewußtes oder gar schuldhaftes Handeln des Besitzers ist nicht erforderlich, so daß

48) RG in Seuff. Arch., Band 41 Nr. 89.
49) a.a.O., Seite 186.
50) im Arch. f. ziv. Praxis, Band 90, Seite 310 ff.
51) aa.O., Anm. 2 g zu § 254.

der Eigentumsherausgabeanspruch auf rein objektiver Rechtswidrigkeit beruht. Ein Besitzer, der sich gutgläubig für zum Besitz berechtigt oder ohne Verschulden für den Eigentümer hält, muß die Sache dem wirklichen Eigentümer herausgeben. Es ist also nicht ein auf Gesetz beruhender Schadensanspruch, wie das Gesetz einen solchen bei der Gefährdungshaftung aufgestellt hat, sondern der Anspruch ist lediglich darauf gegründet, daß Besitz und Eigentum auseinanderfallen und der Besitz des Besitzers nicht auf ein zum Besitz erlaubten Recht gegründet ist.

Die schuldrechtlichen Anspüche, bei denen § 254 zur Anwendung kommt, beruhen stets auf einem Verschulden, oder es besteht eine gesetzlich begründete Haftpflicht, bei der ein Verschulden des Beklagten nicht vorausgesetzt wird. Trotz einer gewissen Ähnlichkeit zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Ansprüchen besteht außer hinsichtlich der Herkunft des dinglichen Anspruchs, auch in der verschiedenartigen Begründung dieser zwei Arten von Ansprüchen ein grundlegender Unterschied. Ergibt sich die Anwendung des § 254 bei den schuldrechtlichen Ansprüchen aus dem Grundgedanken dieses Paragraphen, so fehlt, abgesehen davon, daß die Natur des dinglichen Anspruchs einer unklaren Anwendung entgegensteht, für die Anwendung bei dem Herausgabeanspruch des Eigentümers eine Voraussetzung, da ein Verschulden auf Seiten des Anspruchsgegners nicht zur Begründung des dinglichen Anspruchs erforderlich ist. Auch eine sinngemäße Anwendung ähnlich bei den Ansprüchen auf Haftung ohne Verschulden ist nicht möglich, eben weil der Eigentumsanspruch einem Schadensanspruch nicht verwandt ist.

Um § 254 bei den Eigentumsansprüchen anwenden zu können, müßte den Eigentümer bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden treffen. Das Verschulden ist im technischen Sinne zu verstehen. Es ist dem Geschädigten durch § 254 die Aufgabe gestellt, seinen Gegner möglichst vor Schaden zu bewahren[52]). Bei bestehendem Vertragsverhältnis ergibt sich diese Aufgabe für die Vertragsparteien aus dem Vertrage, bei den Gefährdungshaftungen aus der Natur der bestehenden gefährlichen Unternehmungen und der anderen Gefährdungszustände. Beim Eigentümer bestehen keine derartigen Beziehungen zu dritten Personen. In der Ausübung seines Rechtes wird der Eigentümer außer durch Rechte Dritter nur durch Vorschriften des öffentlichen Rechts und zivilrechtlich durch die Bestimmungen der §§ 226 ff, §§ 904 ff beschränkt.

Im übrigen ist der Eigentümer berechtigt, nach seinem Willen über die Sache zu bestimmen. Der Inhalt des Eigentums wurde nach dem ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch als das Recht bezeichnet, mit der Sache nach Willkür zu verfahren. Die Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches hat an die Stelle der Worte „nach Willkür" den heutigen Gesetzes-

52) Vgl. Seite 33.

ausdruck „nach Belieben“ gesetzt. Es sollte durch diese Wortsetzung aber nicht zum Ausdruck kommen, daß der Inhalt des Eigentums beschränkt würde; denn es wird eigens gesagt, daß der Ausdruck „nach Willkür“ zutreffend sei. Die Worte „nach Willkür“ hätten nur Anstoß erregt, weil leicht der Eindruck erweckt werden könnte, daß der Eigentümer beim Gebrauch der Sache auch nicht durch die Gebote der Sittlichkeit beengt würde[53]).

Nun ist freilich sicher, daß in der letzten Zeit eine gewisse Wandlung in der Rechtsauffassung über den Eigentumsbegriff eingetreten ist[54]). Schon die Weimarer Reichsverfassung bestimmt, daß Eigentum verpflichtet. Und in noch weit höherem Maße ist dieser Gedanke in unserem heutigen Staat anerkannt. Aber das ist doch nur so zu verstehen, daß eine rücksichtslose Ausnutzung des Eigentums gegenüber den Rechten und Interessen anderer verpönt ist. Nicht dagegen wird dem Eigentümer auferlegt, daß er seine Sachen behalten und benutzen soll. Denn er ist befugt, frei über die Sache zu verfügen, sie mit fremden Rechten zu belasten und sie zu veräußern. Auch kann er die Sache aufgeben ,ohne durch ein Gesetz an der Aufgabe seines Eigentums gehindert zu sein, §§ 928, 959.

Wenn der Eigentümer derart mit seiner Sache verfährt, daß sie durch sein Verhalten abhanden kommt, so kann ihm das nicht als Verschulden angerechnet werden; denn ein Verschulden ist als schadensersatzbegründend nur möglich gegenüber dritten Personen. Es kann kein Anhalt gefunden werden, worin das Verschulden des Eigentümers begründet liegen sollte, denn nach § 903 BGB ist dem Eigentümer ein willkürlicher Gebrauch seines Eigentumsrechts gestattet.

Im Strafgesetzbuch ist dies ebenfalls zum Ausdruck gekommen. Nach § 308 StGB wird der Eigentümer wegen Inbrandsetzung seiner Sache nur dann bestraft, wenn der Gegenstand nach Beschaffenheit und Lage geeignet ist, eine schwere oder unmittelbare Brandstiftung weiter zu übertragen.

Ist dem Besitzer ein durch Unachtsamkeit des Eigentümers gestohlenes Pferd von einem Dritten verkauft worden, und ist der Besitzer beim Erwerb gutgläubig gewesen, so kann daher der verklagte Besitzer dem Anspruch gegenüber nicht einwenden, daß der Eigentümer es sich selbst zuzuschreiben habe, daß er sein Eigentum verloren habe. Wenn dem Besitzer dadurch ein Schaden entstanden ist, daß er den gezahlten Preis von dem ihm unbekannten Verkäufer nicht zurückerhalten kann, so kann er nicht wegen der Unachtsamkeit des Eigentümers von diesem eine Beteiligung an dem entstandenen Schaden verlangen.

Auch in anderer Richtung nimmt der Herausgabeanspruch des Eigentümers eine Sonderstellung ein. Es wird stets die Herausgabe

53) Protokolle a.a.O., Band III, Seite 120.
54) vergl. Wersche a.a.O., Seite 332 ff.

einer einzelnen Sache verlangt, und eine Teilung des Anspruchs ist nicht möglich, ohne daß das Eigentum in seinem Bestande zerstört wird. Bei einem Schadensersatzanspruch kann gemäß § 254 eine Abwägung nach dem Verschulden der Parteien und somit eine Festsetzung des von jeder Partei zu tragenden Schadens erfolgen. Beim dinglichen Anspruch ist eine solche Abwägung nicht möglich.

Die entsprechende Anwendung des § 254 bei der Gefährdungshaftung beruht auf dem Gedanken, daß dem Verschulden solche Fälle gleichgesetzt werden, in denen zwar kein schuldhaftes, aber doch ein gefährdetes Verhalten vorliegt. Außerdem haben die Ansprüche, die der Gefährdungshaftung entspringen, mit den übrigen Schadensersatzansprüchen gemein, daß sie beide schuldrechtliche Ansprüche darstellen. Ebenso ist das der Fall bei den Ansprüchen die aus den §§ 325, 426 und 467 entspringen. Eine Gleichsetzung dinglicher Ansprüche ist aber nur dann möglich, wenn die Natur des schuldrechtlichen Anspruchs von der des dinglichen Anspruchs nicht verschieden ist. Der Besitzer ist allein auf Grund der Tatsache zur Herausgabe verpflichtet, daß sein Besitz dem Rechte des Eigentümers entgegensteht.

Um die Anwendbarkeit des § 254 bei den Ansprüchen aus dem Eigentum zu begründen, hat Fröhner[55]) den Herausgabeanspruch des Eigentümers als Schadensersatzanspruch bezeichnet. Im Falle des § 985 habe der Besitzer dem Eigentümer die Sache herauszugeben, also ihm den Besitz wieder zu beschaffen. Dies sei daher doch nichts anderes, als der zum Schadensersatz Verflichtete zu leisten habe; denn der Besitzer habe den Zustand wiederherzustellen, der bestände, wenn der Besitzverlust nicht eingetreten wäre.

Der dingliche Herausgabeanspruch und der Schadensersatzanspruch sind jedoch derartig von einander verschieden, daß der dingliche Anspruch nicht als Schadensersatzanspruch bezeichnet werden kann. Beim dinglichen Herausgabeanspruch ist zu berücksichtigen, daß der Anspruch auf Herausgabe der Sache gerichtet ist und nicht auf Ersatz eines erlittenen Schadens. Der Schadensersatzanspruch unterscheidet sich schon durch seinen Umfang von dem Herausgabeanspruch; denn mit ihm kann man auch das Vertrauens- und das Erfüllungsinteresse verlangt werden. In beiden Bestandteilen kann der positive Schaden wie auch besonders der entgangene Gewinn enthalten sein. Beim dinglichen Anspruch kann dagegen nur der einzelne Gegenstand verlangt werden. Wenn der Eigentümer sonst noch einen Schaden an seiner Sache erlitten hat, und er diesen geltend machen will, so muß er noch einen besonderen Anspruch erheben, der aber mit der Herausgabe der Sache nicht im Zusammenhang steht.

Bei dem dinglichen Herausgabeanspruch muß der Eigentümer den Gegenstand des Anspruches genau bezeichnen. Bei der Voll-

55) Fröhner im Recht 1920, Seite 141.

streckung aus dem Urteil muß die Sache auf Grund des Anspruches genau ermittelt werden können. Wer jedoch auf Schadensersatz klagt, braucht beim Geldersatz den verlangten Betrag nicht sofort zahlenmäßig festlegen. Es müssen nur die näheren Umstände angegeben werden, aus denen sich die Höhe des Schadens berechnen läßt.

Bei dem reinen Schadensersatzanspruch ist dem Schuldner die Möglichkeit gegeben, unter Ablehnung der Naturalrestitution den Gläubiger in Geld zu entschädigen, wenn die ursprüngliche Wiederherstellung mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist, § 251 Abs. 2.

Beim Eigentumsherausgabeanspruch ist die Möglichkeit der Geldentschädigung nicht gegeben. Der Verpflichtete hat dem Eigentümer den Besitz der Sache zu verschaffen. Ob der Besitzer, soweit er die Kosten zu tragen hat, mit unverhältnismäßigen Aufwendungen rechnen muß, ist für die Durchführung des Anspruchs nicht von Bedeutung. Der Herausgabepflichtige wird von der Leistung infolge Unvermögens frei, wenn er den Besitz verloren hat. Er braucht nur den erlangten Ersatz oder Ersatzanspruch abtreten, § 281[56]). Der zum Schadensersatz Verpflichtete wird aber erst frei, wenn er den verlorenen Besitz nicht wiedererlangen kann[57]). Einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten muß er im Gegensatz zum Herausgabeverpflichteten selbst durchführen; die veräußerte Sache muß er vom Dritten auf eigene Kosten zurückerwerben und sie dem Eigentümer aushändigen.

Auch der negatorische Eigentumsanspruch aus § 1004 beruht auf der rein objektiven Tatsache, daß das Eigentum in einer seinem Inhalt widersprechender Art beeinträchtigt worden ist. Dieser Anspruch ist nicht dadurch begründet, daß ein Dritter schuldhaft Störungen vorgenommen hat sondern darauf, daß der Eigentümer in seinem Recht verletzt ist.

---

56) vgl. Seite 24 f.

57) a. A. von Tuhr in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Band 47, Seite 81, der den Schuldner bei Untergang der Sache von seiner Verpflichtung frei werden läßt. Nur wenn die Wiederherstellung infolge der Beschädigung unmöglich werde, solle der Verpflichtete zum Geldersatz verpflichtet sein.

Lebenslauf.

Am 31. Dezember 1906 wurde ich als Sohn des verstorbenen Bauern Heinrich Schulze Köhling und seiner Ehefrau Maria geb. Peters in Heessen geboren. Die Reifeprüfung bestand ich Ostern 1929 an der Konrad-Schlaun-Oberrealschule zu Münster. An den Universitäten Münster, Innsbruck und Berlin studierte ich Rechtswissenschaft und bestand am 6. Februar 1933 die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Hamm. Seitdem war ich im juristischen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm und im Oberlandesgerichtsbezirk Königsberg. Zur Zeit bin ich dem Großen Amtsgericht in Hamm zur Ausbildung zugewiesen. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 22. Mai 1935 an der juristischen Fakultät der Universität Marburg.